

CRC

Comisión de Regulación
de Comunicaciones
República de Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RESOLUCIÓN No. 2172 DE 2009

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por COMCEL S.A."

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las contenidas en la Ley 170 de 1994, la Ley 555 de 2000, la Ley 671 de 2001, la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, la Resolución CRT 2058 de 2009, la Ley 1341 de 2009, el Decreto 2888 de 2009 y según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Mediante la expedición de la Resolución CRT 2067 de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones estableció medidas regulatorias aplicables a **COMCEL S.A.**, en adelante **COMCEL**, en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido en la Resolución CRT 2058 de 2009 como "Voz Saliente Móvil", relativas a la oferta mayorista que debe ofrecer dicha empresa a los proveedores de contenidos y aplicaciones.

Por medio de comunicación radicada el 7 de abril de 2009 bajo el número 200931083 **COMCEL** a través de su apoderado especial, Dr. Camilo Valencia, interpuso recurso de reposición contra la resolución anteriormente mencionada y solicitó que con fundamento en lo expuesto en su escrito y en los artículos 50 a 55 del CCA, se revoque en su integridad la Resolución CRT 2067 de 2009.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo, el recurso presentado por **COMCEL** cumple con los requisitos de Ley, el mismo deberá admitirse y se procederá a su estudio, para lo cual se seguirá el mismo orden propuesto por el recurrente.

Por último y previo a la revisión de los cargos propuestos por **COMCEL** es de señalar que la Ley 1341 del 30 de julio de 2009, en su artículo 19 dispuso que "La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), de que trata la Ley 142 de 1994, se denominará Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)" y que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2888 de 2009, "Por el cual se dictan disposiciones sobre la organización y funcionamiento de la Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC".

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

2.1. Violación del Decreto 2870 de 2007 y de los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo.

Inicia la argumentación el recurrente manifestando que mediante la Resolución CRT 2067 de 2009, la Comisión impone a **COMCEL** la obligación de poner a disposición de los proveedores de contenidos y aplicaciones, la oferta mayorista a la que se refiere el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007.

026
COMCEL

15

Con base en lo anterior concluye el recurrente que la Comisión impone dicha obligación a **COMCEL**, previa declaración, mediante acto administrativo de carácter particular y concreto, de que **COMCEL** es dominante en un mercado relevante y, por ende, tendría la capacidad de fijar las condiciones de dicho mercado.

Considera el recurrente que se ha producido un vicio de nulidad en la formación de la Resolución CRT 2067 de 2009, toda vez que al momento en que fue proferida, el acto administrativo por medio del cual la Comisión constató la existencia de posición dominante de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil", esto es, la Resolución CRT 2062 de 2009, no estaba llamada a producir efecto jurídico alguno pues no estaba ni está actualmente en firme. Al respecto, recuerda el recurrente que la firmeza de los actos administrativos es un requisito indispensable para su ejecución.

En este sentido, indica el recurrente que si la Resolución CRT 2062 de 2009 no era eficaz, no podía producir efectos "mal podría la CRT, a través de la Resolución 2067 imponer a Comcel la obligación de la oferta mayorista, en la medida en que la constatación de tal posición por la autoridad competente, era requisito para que el artículo 10 del decreto fuera aplicado." De esta forma, considera el recurrente que dado que la posición de dominio de **COMCEL** no surte efecto alguno mientras la Resolución CRT 2062 de 2009 no esté en firme, la resolución recurrida nace a la vida jurídica viciada de nulidad, porque otorga efectos a un acto administrativo que a ese momento no podía producirlos, violando de esta forma los artículos 62 y 64 del CCA. Agrega que al hacerlo, la Resolución CRT 2067 de 2009 viola el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, por aplicarlo a un operador que no era, al momento de expedición de la resolución, jurídicamente dominante.

Adicionalmente, el recurrente manifiesta que sólo en el momento en que la Resolución CRT 2062 de 2009 quede en firme, podría la Comisión expedir la Resolución CRT 2067 del mismo año.

Concluye este cargo el apoderado de **COMCEL** afirmando que el que "la resolución 2062 quedará en firme en algún momento en el tiempo, [no implica que] la resolución 2067 es legal, porque, como lo ha expresado el Consejo de Estado, la legalidad debe analizarse en el momento en que el acto administrativo nace a la vida jurídica, y no después de que ello ocurra".

Consideraciones de la CRC

Frente a este cargo es necesario aclarar que una cosa es la existencia del acto administrativo y otra muy diferente su eficacia, al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades señalando que "[u]na cosa es la validez del acto administrativo, que depende de sus elementos esenciales, esto es, órgano competente, voluntad de la Administración, contenido, motivos, finalidad y forma, (...), y otra cosa, muy diferente, es la eficacia del mismo, que sólo tiene que ver con su obligatoriedad para los particulares."¹

De esta forma, resulta claro para la Comisión que aún cuando la resolución que se recurre al momento de su expedición cumple con los elementos esenciales para su conformación, la misma sólo estará ejecutoriada y, por lo tanto, tendrá fuerza ejecutoria, una vez sea resuelto el recurso de reposición, que ocupa el análisis del presente acto administrativo. Así, en la medida en que el acto recurrido no está en firme, el mismo aún no ha producido ningún efecto para **COMCEL** ni para los demás operadores, dado que en contra de la misma se interpuso recurso de reposición, como se mencionó.

En efecto, como bien lo explica el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos quedan en firme cuando (i) contra ellos no proceda ningún recurso, (ii) los recursos interpuestos se hayan decidido, (iii) no se interpongan recursos o cuando se renuncie expresamente a ellos y (iv) haya lugar a la perención o se acepten los desistimientos. Así, en el caso concreto resulta evidente para la Comisión que la Resolución CRT 2067 de 2009, únicamente estará en firme y, por lo tanto, tendrá fuerza ejecutoria cuando el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL**, que ocupa el análisis de la presente resolución, haya sido decidido y notificado.

En este punto resulta importante identificar las diferencias existentes entre la existencia del acto administrativo, la cual se asocia a su nacimiento a la vida jurídica, y el momento en el que el mismo

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia de 31 de agosto de 2000. C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. Ver también: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia de 26 de agosto de 1999. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

está llamado a producir efectos jurídicos, lo cual se asocia a la exigibilidad del acto administrativo. Al respecto, de acuerdo con la teoría de la eficacia del acto administrativo alegada por el recurrente, el acto administrativo nace una vez se hayan reunido los elementos propios de su legalidad y sus efectos, es decir, su exigibilidad frente a los particulares se encuentra supeditada a la firmeza del mismo, tal y como lo ha explicado el tratadista Jaime Orlando Santofimio:

"El acto administrativo nace a la vida jurídica una vez que la administración ha adoptado la decisión que habrá de producir efectos jurídicos. En ese sentido, las actuaciones y procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo. (...)"

"(...) Así ha de tenerse en cuenta que la publicidad del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio sí es oponible a la propia administración"² ...³ (se subraya).

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que contrario a lo expuesto por el recurrente, en la fecha en que la Resolución CRT 2067 de 2009 esté llamada a producir efectos jurídicos, la Resolución CRT 2062 de 2009, por medio de la cual se constató la posición de dominio de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", que nació a la vida jurídica el 27 de febrero de 2009, ya será vinculante y oponible a los particulares y, por lo tanto, tiene la virtud de generar los efectos allí previstos.

Lo anterior, en la medida en que mediante Resolución CRT 2152 del 9 de julio de 2009, debidamente notificada por edicto, la Comisión resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CRT 2062 de 2009, de tal suerte que la misma se encuentra en firme y, por lo tanto, tiene carácter ejecutivo y ejecutorio desde el momento mismo de su expedición, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo ya citado, la firmeza del acto se predica desde "cuando los recursos interpuestos se hayan decidido", situación que en el caso particular se dio a través de la Resolución CRT 2152 antes referenciada.

De esta forma, es claro que la actividad regulatoria adelantada por la Comisión en desarrollo del proyecto *Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*, ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 62 y 64 del Código Contencioso Administrativo, así como a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, toda vez que la aplicabilidad de la medida regulatoria a la que hace referencia la Resolución CRT 2067 de 2009, sólo estará llamada a producir efectos jurídicos respecto de **COMCEL**, cuando la constatación de la posición de dominio del referido operador ya se encuentra en firme y debidamente ejecutoriada.

Por las razones precedentes, no prospera el cargo formulado.

2.2. Violación del artículo 4° de la Constitución Política.

En relación con este cargo, el recurrente afirma que "las funciones atribuidas a la CRT por el decreto reglamentario 2870 de 2007 no estaban previamente creadas en ley alguna que rigiera el sector de las telecomunicaciones, por lo que mal puede señalarse que el decreto se limitó a instrumentalizar su aplicación. No. Las competencias fueron creadas mediante decreto reglamentario, en clara violación a la Constitución". Continúa su argumentación explicando las razones por las cuales el Decreto 2870 de 2007 resulta inconstitucional y, por lo tanto, la Comisión ha debido inaplicarlo, concluyendo sobre el particular que "cuando la CRT, con plena conciencia y conocimiento de la inconstitucionalidad de las normas que le otorgan ciertas competencias, decide ejercerlas, aún por encima de la Constitución y de la ley, está violando, sin atenuantes, el artículo 4° de la Constitución Política, sin sonrojarse ante el hecho de que el artículo 34 de la ley 734 de 2002, impone como deber a los servidores públicos, "Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución (...)", y que el artículo 35 de tal norma les prohíbe "Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitarlas (sic) funciones contenidas en la Constitución". Acudir, como la hace la CRT, al fácil expediente de la presunción de legalidad del decreto 2870,

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Auto de 23 de octubre de 1991, C.P.: Álvaro Lecompte Luna. Citado en: SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo*. Tomo II, 4ta Ed., 168 pág.

³ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Tratado*, cit., 167 y 168 págs.

señalando que "los decretos reglamentarios atan", y que "mientras este decreto esté en vigor y no sea declarado ilegal o inconstitucional ni suspendido por los jueces competentes se presume su legalidad y debe ser obedecido por la CRT, de tal manera que no resultaría admisible cualquier propuesta en contrario", es negar la supremacía de la Constitución y el Estado Constitucional que es hoy nuestra República, privilegiando la aplicación de la ley sobre la Norma Superior, en una posición que envidiaría cualquier juez decimonónico".

Así mismo, considera que no resulta admisible "que la CRT subordine la Constitución del Estado a un simple decreto reglamentario, mientras un juez no lo anule, cuando tiene la obligación, constitucional y disciplinaria, de actuar de manera precisamente contraria. Qué útil le resulta a la CRT la Constitución Política para sustentar su poder de intervención en la economía, y qué prescindible le resulta cuando lo que está en juego son los límites que ella impone a tal poder y los derechos de los administrados, vaya paradoja".

Al respecto, el recurrente hace referencia al concepto rendido por el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, indicado que dicho asesor externo deja claro que las funciones de la Comisión deben provenir de la Ley, de acuerdo con la doctrina de la Corte Constitucional.

Agrega que según lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución Política las autoridades deben aplicar en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, como es el caso del Decreto 2870 de 2007.

Concluye este cargo el recurrente afirmando que *"la CRT, si decide confirmar su resolución, deberá explicar en el acto administrativo que resuelve este recurso, por qué privilegia la aplicación de un decreto reglamentario claramente inconstitucional, sobre la Constitución misma, cuando el artículo 4º de ésta le ordena lo contrario".*

Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto en este cargo, en el sentido de que las funciones atribuidas a la Comisión por el Decreto reglamentario 2870 de 2007 no estaban previamente creadas en Ley alguna que rigiera el sector de telecomunicaciones, vale la pena recordar que el Decreto 2870 de 2007 constituye un Decreto reglamentario proferido por el Presidente de la República en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política de Colombia. De esta forma, tal y como lo ha explicado el Ministerio de Comunicaciones⁴, las referencias contenidas en el Decreto 2870 de 2007 constituyen un desarrollo del artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990 y de la propia Constitución, en la medida en que promueve la competencia, toda vez que con la Oferta Mayorista o que se busca es la profundización de la competencia en los mercados relevantes.

En este orden de ideas, el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones no está creando funciones nuevas y ajenas a la estructura normativa vigente, sino que simplemente está reconociendo el hecho que la Oferta Mayorista es un mecanismo regulatorio que permite la generación de escenarios competitivos y promueve el desarrollo del sector. De esta forma, a la autoridad administrativa encargada de la promoción de la competencia en el sector de telecomunicaciones le corresponde efectivamente la definición y adopción de las medidas pertinentes para la implementación de mecanismos que logren dicho cometido.

En este sentido, se evidencia entonces que la definición de las condiciones de la Oferta Mayorista corresponde al ejercicio de las funciones de regulación de carácter general y particular que ejerce la Comisión respecto de los servicios de Telefonía Móvil Celular, las que provienen directamente de la Ley, sea por traslado de funciones asignadas al Ministerio de Comunicaciones por la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990, en virtud del Decreto 1130 de 1999, sea por asignación directa de funciones en virtud de la Ley 555 de 2000, sea en cumplimiento de disciplinas regulatorias adoptadas con ocasión de las Leyes 170 de 1994 y 671 de 2001.

En este sentido, resulta evidente que contrario a lo afirmado por el recurrente los mandatos a los que hace referencia el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, se sustentan en las funciones de fuente legal y, por tanto, no se trata de funciones nuevas que fueron creadas por dicho Decreto.

⁴ Así lo expuso del Ministerio de Comunicaciones en el escrito de contestación de la demanda interpuesta contra algunos apartes del Decreto 2870 de 2007.

2006
60

18

Ahora bien, en relación con lo expuesto por el recurrente en relación con la necesidad de inaplicar el Decreto 2870 de 2007 por considerarlo inconstitucional, debe advertirse que, como se expondrá detalladamente en el siguiente cargo, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad tiene un carácter extraordinario y únicamente le es dable a la autoridad administrativa proceder en tal sentido cuando la disposición es evidentemente incompatible con la Constitución Política. En este punto, vale la pena tener en cuenta que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como *"repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí"*.

Así, corresponde a la Comisión, como autoridad responsable y destinataria de los mandatos contenidos en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, dar aplicación a los mismos en atención a la presunción de legalidad inserta en todos los actos administrativos y reconocida por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional⁵, la cual al analizar precisamente la excepción de inconstitucionalidad indicó que:

"En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaura debe proferir.

Se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad."(NFT)

Así las cosas, es claro que las normas legales y reglamentarias, en especial la Ley 72 de 1989 y el Decreto Ley 1900 de 1990, que le asigna funciones al Ministerio de Comunicaciones que éste delegó a la Comisión en virtud del Decreto 1130 de 1999, o por asignación directa de funciones en virtud de la Ley 555 de 2000, o en cumplimiento de disciplinas regulatorias adoptadas con ocasión de las Leyes 170 de 1994 y 671 de 2001, y desarrolladas en el Decreto 2879 de 2008, facultan a la Comisión y soportan su competencia para adoptar decisiones regulatorias como la contenida en la Resolución CRT 2067 de 2009.

Por las razones precedentes, el cargo propuesto no procede.

2.3. Violación del artículo 29 de la Constitución Política. Violación de los artículos 1, 2, 4, 28, 29, 34, y 35 del Código Contencioso Administrativo. Expedición del acto administrativo en forma irregular. La Comisión incurrió en vía de hecho por defecto procedimental y falsa motivación del acto administrativo

En este aparte del recurso de reposición el apoderado especial de COMCEL en resumen, afirma lo siguiente:

En primer lugar, explica que el debido proceso es un elemento medular de los Estados constitucionales de derecho contemporáneo y considera que incorporando la tendencia global, la Constitución Política de 1991 incluyó dicho derecho en su artículo 29.

Posteriormente, el recurrente cita varias sentencias de la H. Corte Constitucional para efectos de explicar el alcance y contenido del derecho al debido proceso, concluyendo que para la Corte el debido proceso *"se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y reglamentos, sin que le esté dado a la Administración o a los particulares que ejercen funciones públicas acatar y respetar aquellos términos o procedimientos que los benefician, y desconocer o ignorar aquellos que les sean desfavorables, de conformidad con su propio criterio. De tal modo, ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas puede depender de su propio arbitrio, sino que se encuentran sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley..."*.

En este contexto, afirma el recurrente que la Comisión al expedir la Resolución 2067 de 2009 violó el debido proceso de COMCEL y la doctrina constitucional que le da alcance, toda vez que la

⁵ Sentencia C-600 de 1998

2009
2009

Comisión puso a disposición del público el proyecto regulatorio con fundamento en el capítulo II del Decreto 2696 de 2004, relativo a resoluciones de carácter general y al darse cuenta **COMCEL** de que mediante dicho acto general la Comisión pretendía crear situaciones de carácter particular y concreto en su contra, lo puso de presente ante la Comisión, en ejercicio de la buena fe. Considera que siendo *"evidente la imposibilidad de imponer medidas de carácter particular y concreto contra **COMCEL** a través de acto administrativo general, lo lógico era la apertura de una actuación administrativa contra **COMCEL** en los términos del Libro Primero del CCA"*. No obstante, el 6 de marzo de 2009 **COMCEL** recibió una citación de la Comisión para notificarse personalmente de la resolución recurrida.

Explica el recurrente que al expedir un acto administrativo de carácter definitivo, particular y concreto contra **COMCEL**, sin que previamente se le hubiere notificado de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra y sin dar aplicación al procedimiento que rige las actuaciones administrativas, la Comisión violó el debido proceso de **COMCEL**.

Así mismo, el recurrente recuerda que el procedimiento señalado por el Decreto 2696 de 2004 sólo establece requisitos a las comisiones de regulación para garantizar el proceso de participación del público en la expedición de actos administrativos de carácter general y no establece procedimientos para actos administrativos de carácter particular y concreto. Adicionalmente, indica que es el legislador el órgano competente para expedir procedimientos, y el mismo no ha establecido uno especial para la expedición de actos administrativos particulares por parte la Comisión, distintos a los del Código Contencioso Administrativo. Agrega que en esta medida la Comisión violó el debido proceso de **COMCEL** pues no dio aplicación al procedimiento previsto en el CCA, toda vez que debió haberlo notificado de la apertura de un procedimiento administrativo en su contra y adelantarlo de conformidad con las formalidades y condiciones que la ley le impone a la administración.

Afirma también que la Comisión obró contra la expresa recomendación del equipo de abogados que contrató para asesorarla y, procede a citar apartes de los conceptos rendidos para la Comisión por dichos asesores⁶.

Continúa su argumentación afirmando que no existe duda alguna de que la actuación administrativa en los términos del Libro Primero del Código Contencioso Administrativo no existió y que la Comisión debe entender que el debido proceso no se garantiza ni se protege de la manera que cada entidad administrativa considera que lo está garantizando, sino conforme lo dispone la Constitución y la Ley, de tal modo que resulta no sólo vano, sino falso lo expuesto por la Comisión en el numeral 2º del acto recurrido donde se intenta demostrar el respeto por los derechos fundamentales de **COMCEL**. Advierte que tales afirmaciones resultan falsas pues la Comisión nunca remitió a todos los operadores, incluido **COMCEL**, una comunicación mediante la cual los vinculara a una actuación administrativa, toda vez que la carta que la Comisión referencia como tal, fue una invitación a una conferencia académica y no una apertura de una actuación administrativa, razón por la cual la Comisión motiva falsamente el acto administrativo cuando se refiere a una actuación administrativa contra **COMCEL** que nunca existió.

Adicionalmente, manifiesta que ***COMCEL** fue objeto de un acto administrativo de carácter particular y concreto, sin que previamente se le hubiera abierto y notificado una actuación administrativa en su contra, como lo prescribe la ley, y afirma que dicha apertura y notificación no se produjo porque la Comisión sólo consideró la expedición de un acto particular y concreto cuando "se percató de la ilegalidad de su conducta" por virtud de lo expuesto por **COMCEL** y los asesores jurídicos de la Comisión.*

Afirma que ya era demasiado tarde para la Comisión cumplir con la Ley, porque en su criterio, haberlo hecho hubiera implicado la caducidad de las facultades otorgadas por el Decreto 2870 de 2007 y la Comisión en lugar de obtener la ampliación de los términos de dicho Decreto, prefirió sacrificar los derechos de los administrados.

De otra parte, manifiesta el recurrente que *"deja perplejo que, quien enarbola el interés general, no tenga la más mínima idea de su alcance y sus límites. Que este sea el momento y la ocasión para que la CRT los conozca"*, para después citar jurisprudencia de la H. Corte Constitucional sobre el particular y concluir que el interés general que la Comisión *"dice perseguir, no se puede alcanzar a costa de los derechos fundamentales de **COMCEL**"*.

⁶ Conceptos elaborados por la firma de abogados Esguerra, Barrera, Arriaga y por el Dr. Manuel José Cepeda.

Afirma el recurrente que en consecuencia de lo anterior, la Comisión ha violado el debido proceso de **COMCEL**, pues no se inició de oficio ni se notificó a **COMCEL** una actuación administrativa en los términos del artículo 4º del Código Contencioso Administrativo. También se violó el artículo 28 del mencionado código pues la Comisión ha debido comunicar a los terceros interesados que pudieran resultar afectados en forma directa con la actuación administrativa sobre la existencia y el objeto de la misma.

Adicionalmente, se violó el artículo 29 del CCA, pues al no abrir una actuación administrativa, omitió la Comisión la obligación de formar el respectivo expediente de **COMCEL**, integrado con los documentos relacionados con dicha empresa, violando además el derecho de **COMCEL** de examinar su expediente y obtener copias y certificaciones sobre el mismo. Al respecto considera que *"mal puede aducirse que el "expediente" de COMCEL esté constituido por el conjunto de documentos relacionados con la expedición de la resolución 2058... en la medida en que conforme al decreto 2696, dichos documentos fueron publicados en orden a expedir un acto administrativo de carácter general"*.

En todo caso, afirma que *"aún si ello fuese aducido, habría que concluir que también en ese caso se habría violado el debido proceso de COMCEL, pues, sin haber sido notificada de la apertura de una actuación administrativa particular en su contra, habría sido abierto un expediente por parte de la CRT, en su contra y a sus espaldas."*

También manifiesta que el artículo 34 del CCA fue violado, pues el derecho a solicitar la práctica de pruebas hace parte del núcleo esencial del debido proceso administrativo y dicho derecho ha sido violado por la Comisión, pues no le dio la oportunidad a **COMCEL** de solicitar y allegar pruebas durante la actuación administrativa, esto es, antes de que se dicte el acto que pone fin a dicha actuación de tal suerte que el administrado pueda ejercer su derecho, antes, no después de culminada la actuación respectiva.

Así mismo, considera que la Comisión violó el artículo 35 del CCA, en la medida en que la oportunidad para pronunciarse fue otorgada al público en general para enviar comentarios en el marco de la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009 y no a **COMCEL**, quien remitió sus comentarios de conformidad con un procedimiento de participación pública llevado a cabo en los términos del Decreto 2696 de 2004. De esta forma, tales comentarios *"jamás tuvieron por objeto ni como efecto, ejercer los derechos de defensa de COMCEL en desarrollo de una actuación administrativa particular y concreta que tuviera como objeto tomar medidas concretas contra COMCEL, actuación que nunca existió"*. Al respecto considera que el hecho de tomar los comentarios de **COMCEL** como el ejercicio de su derecho de defensa en el marco de una actuación particular, *"no sólo resulta violatorio de la Constitución y de la ley, y constitutivo de falsa motivación, sino que deja mucho que desear acerca del comportamiento de la CRT, impropio de una entidad seria y con importantes responsabilidades en el ámbito del sector y para el país."*

Concluye su argumentación insistiendo en que la Comisión con la expedición de la Resolución recurrida violó los procedimientos y formalidades establecidas por el Código Contencioso Administrativo para el desarrollo de actuaciones administrativas que culminan con la expedición de un acto definitivo, particular y concreto y que dejó a *"su propio criterio el acatamiento y respeto de aquellos términos o procedimientos que la beneficiaban y desconoció e ignoró aquellos que le eran desfavorables, acudiendo al expediente fácil y expedito de la imposición de plano de un acto administrativo que afecta los intereses de COMCEL"*, razón por la cual la Comisión incurrió en vía de hecho por defecto procedimental.

Consideraciones de la CRC

Para efectos del análisis del presente cargo, considera la Comisión importante recordar cuál es la naturaleza del procedimiento administrativo y qué lo comprende. En efecto, como tuvo oportunidad de mencionarse en el acto recurrido, la actuación administrativa busca el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general, debiéndose aplicar en ella tanto los postulados propios del debido proceso, como principios que informan la actuación administrativa, respecto de todos los operadores y en general los agentes del sector. Así lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-640 de 2002:

"A partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende con un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que

desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad."

Lo anterior indica que el concepto de procedimiento administrativo analizado por la jurisprudencia aplica de igual manera tanto al trámite que debe dársele a las actuaciones de carácter particular y concreto como a las de carácter general, según las reglas definidas directamente en el procedimiento contenido en el Código Contencioso Administrativo.

En este contexto, es del caso mencionar que dentro del ámbito de la función administrativa las actuaciones llamadas generales y las llamadas particulares no constituyen categorías ontológicamente distintas y separadas. Se trata, en ambos casos, de los trámites que deben cumplirse, bien a instancias de quien ha formulado una petición en interés general o en interés particular, bien de manera oficiosa o en ejercicio de un deber legal, para que una autoridad administrativa pueda acopiar los elementos de juicio suficientes para resolver un asunto de su competencia, mediante una decisión que incorpora en un acto administrativo. Es decir, se trata de especies de un mismo género, que por lo tanto tienen en común unos mismos elementos esenciales. Así, unas y otras son instrumentos de la función administrativa y forman parte de los que el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo denomina "Procedimientos Administrativos".

Por consiguiente, ambas tienen como objetivos fundamentales los que señala la Constitución Política y la Ley y se encuentran sujetas a los principios básicos consagrados en ellas, se les aplican, de modo general, las mismas reglas de procedimiento y culminan con unas decisiones que deben adoptarse conforme a unos mismos parámetros, tanto formales como de fondo. Las únicas diferencias entre las actuaciones particulares y generales se derivan del tipo de interés —general o particular— que se invoca por quien las pone en marcha por medio de una petición y tocan apenas, con algunos requisitos especiales que deben cumplirse en relación con algunas de ellas, como es el caso de la forma de darles publicidad a las decisiones que les ponen fin. Se trata, pues, de diferencias que en nada tocan con los elementos que definen una actuación administrativa o que constituyen lo fundamental de una cualquiera de ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que respecta al debido proceso, para la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia, se deben cumplir, por lo menos, los siguientes requisitos: **(i)** El inicio de la actuación administrativa debe ser comunicado al afectado (art. 28 C.C.A.); **(ii)** De ser pertinente, durante el procedimiento debe efectuarse la citación de los terceros determinados que puedan estar directamente interesados en las resultas de la decisión (art. 14 C.C.A.); **(iii)** En el trámite de la actuación administrativa se debe garantizar que el operador pueda pedir pruebas y allegar las informaciones que sean del caso (art. 34 C.C.A.); **(iv)** Habiéndoseles dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, se tomará la decisión, que deberá ser motivada, al menos en forma sumaria, mediante acto administrativo en el que deben resolverse todas las cuestiones planteadas durante el trámite e indicarse los recursos que proceden contra el mismo (art. 35 C.C.A.) y, **(v)** Finalmente, la decisión deberá ser notificada personalmente al afectado, mediante el procedimiento previsto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

Así, en lo que respecta a la comunicación del inicio de la actuación administrativa debe mencionarse que el recurrente pretende equiparar la obligación de *comunicar* a los eventuales afectados la existencia de la actuación administrativa, establecida en el artículo 28 del C.C.A., con la de *notificarla*, exigencia que no fue prevista por el legislador para estos asuntos y que constituye una figura radicalmente distinta. Efectivamente, mientras que, de acuerdo con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, "*comunicar es simplemente informar por cualquier medio sobre la existencia y objeto de la actuación administrativa*"⁷, la notificación es un acto formal al que se encuentran sujetas ciertas y precisas actuaciones administrativas y judiciales por ministerio de la Ley.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T-215 de 2006, MP Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En este sentido, es claro que la autoridad administrativa debe comunicar el objeto y alcance de la actuación administrativa, lo cual puede efectuarse "por cualquier medio", que permita al administrado efectivamente conocer el alcance, el propósito de la actuación administrativa en particular.

En concordancia con lo anterior, se encuentra que según lo establecido por el artículo 44 del CCA los actos que deben notificarse personalmente, son aquéllos que ponen término a una actuación administrativa, definidos en la parte final del artículo 50 del mismo Código como los actos "que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto".

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-224 de 2006, hizo referencia específica a la aplicación y alcance que debe dársele a la comunicación de las actuaciones administrativas a las que hace referencia el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, así:

"5.2. Pues bien, de conformidad al artículo 28 del mencionado Código, respecto de las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, se tiene que existe por parte de los entes el deber de comunicar a los afectados lo referente a la existencia y objeto de las mismas. Dice así la norma:

"Art. 28. Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma".

Igualmente, el artículo 44 del mismo Código, solamente se refiere a la notificación personal de "las decisiones que pongan término a una actuación administrativa".

*De esta manera, para la Sala resulta claro que los actos de trámite o preparatorios, como el de dar inicio a una actuación administrativa, que en este caso se concreta en un pliego de cargos, **debe ser comunicado al interesado, pues la notificación personal no se predica de los mismos, máxime cuando contra éstos no proceden recursos**, tal como lo consagra el artículo 49 del C.C.A." (subraya y negrilla fuera de texto)*

Así las cosas y como quiera que el legislador no estableció la forma en que deben efectuarse estas comunicaciones ni una ritualidad o formalidad en particular en torno a este asunto, bajo la perspectiva de la jurisprudencia constitucional el derecho al debido proceso de los afectados se garantiza siempre que la Entidad acuda a un medio que resulte eficaz como mecanismo para asegurar que éstos tendrán conocimiento del procedimiento administrativo iniciado de oficio. En este sentido, lo que se exige como nota fundamental de estas actuaciones es la *eficacia* del medio que se utiliza para dar a conocer el hecho y no el estricto sometimiento a un trámite en particular. En efecto, en la sentencia antes citada, la H. Corte Constitucional sostuvo que⁸:

*"Ahora bien, a diferencia de la notificación personal, donde se debe hacer entrega al notificado de copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, o en su defecto citarlo a la entidad a través de correo certificado para la realización de la misma (art. 44 C.C.A.), la comunicación debe hacerse a **través de un medio eficaz**". (negrilla fuera del texto)*

Teniendo claro lo anterior, en relación con la comunicación de la actuación administrativa, debe mencionarse que tal y como se expuso en la Resolución recurrida, la Comisión mediante comunicación de fecha 5 de diciembre de 2007, radicada internamente bajo el número 200752280⁹, comunicó a COMCEL y a los demás agentes del sector sobre el inicio del proceso de análisis que iba a adelantar la Comisión para la definición regulatoria de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, la definición de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la Comisión y la definición de medidas regulatorias pro competitivas en dichos mercados, proceso regulatorio que debe entenderse como la actuación administrativa. En la comunicación mencionada efectivamente se invitó a COMCEL y a los demás agentes del sector, a un foro que se llevó a cabo el 10 de diciembre de 2007. De esta forma, desde el 5 de diciembre de 2007, tanto COMCEL como los demás operadores de telecomunicaciones tenían noticia y hacían parte activa del proceso específico de regulación de mercados relevantes iniciado por la Comisión, cuyo objeto, según resulta evidente

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión, Sentencia T-224 de 2006, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Folio 1 del Expediente 2000-8-56. Anexo II Actuación Administrativa COMCEL. Cuaderno 1

28

07/08
01/0

desde la misma expedición del Decreto 2870 del 31 de julio de 2007, implicaba tanto el análisis del comportamiento de los mercados, la definición de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la Comisión y la definición de medidas regulatorias pro competitivas en dichos mercados.

Es más, el 30 de octubre de 2007, es decir, con anterioridad a la comunicación de fecha 5 de diciembre de 2007 antes referenciada, la Comisión publicó para conocimiento y discusión con el sector, el alcance de la agenda regulatoria que sería adelantada por la Comisión durante el año 2008, en la cual específicamente se expuso sobre el asunto bajo análisis, ya habiéndose expedido para dicho momento el Decreto 2870 de 2007 como se indicó anteriormente, lo siguiente:

"Además de lo anterior, uno de los principales referentes es el denominado Decreto de Convergencia, cuya finalidad esencial es permitir la convergencia en los servicios de telecomunicaciones, promover la competencia y asegurar el acceso y uso de las redes y servicios a todos los habitantes del territorio. El mandato asignado a la CRT en el citado decreto de convergencia, incluye tres acciones: la determinación de los mercados relevantes y de la existencia de posición dominante en dichos mercados; el establecimiento de las condiciones técnicas y económicas que los operadores dominantes, en un determinado mercado relevante, deben ofrecer para permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, y la adecuación del marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en un ambiente de convergencia tecnológica."

Vale la pena anotar que **COMCEL** presentó diversos comentarios específicamente en relación con el tema antes referenciado, asunto al cual se hizo referencia en el documento de respuestas a los comentarios de los operadores de la siguiente manera:

"COMCEL

En el documento se indica que de acuerdo con lo establecido en el decreto 2870 de 2007, la CRT debe determinar " los mercados relevantes y la existencia de posición de dominio en dichos mercados..." este pronunciamiento se repite en varias partes del documento paginas 2,6 y 7, se debe hacer una precisión en que lo que textualmente el decreto 2870 establece es que la CRT definirá "... los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes..." y no simplemente como lo menciona la CRT en su propuesta la "determinación de mercados relevantes".

R/ Cabe precisar que la iniciativa desarrollada por la CRT parte efectivamente de la definición de criterios y condiciones para la determinación de mercados relevantes, pero no se limita estrictamente a dicha tarea. Lo anterior por cuanto el mismo Decreto 2870 de 2007 en su artículo 13 determina lo siguiente:

Artículo 13. OBLIGACIONES ESPECIALES PARA OPERADORES CON POSICIÓN DOMINANTE. Los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, deberán ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, identificados como instalaciones esenciales, así como las cabezas de los cables submarinos y el bucle de abonado, según las condiciones técnicas y económicas que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizando la prestación de los servicios relacionados, la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura y los incentivos adecuados a la inversión en modernización de infraestructura y redes de nueva generación.

*Para efectos de lo previsto en este Artículo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones definirá **dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente Decreto, los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, la existencia de posición dominante en dichos mercados, así como la oferta respectiva de elementos desagregados de red.***

*La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones revisará periódicamente dichos criterios y condiciones, y podrá intervenir, a solicitud de parte, para hacer efectiva la obligación de ofrecer y permitir el acceso a elementos de red de manera desagregada, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes. **(negrita fuera del texto)***

Así las cosas, en el proyecto Régimen de Mercados se desarrollarán no solamente los criterios antes citados, sino también se realizará la definición de los respectivos mercados relevantes, y a partir de lo anterior, se efectuará un análisis de competencia

para cada uno de los mismos y se determinará si existen operadores que ostenten posición de dominio en dichos mercados relevantes, para la aplicación de las medidas regulatorias a que haya lugar. (negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, vale la pena mencionar que a lo largo de la actuación administrativa la Comisión comunicó a todos los operadores de telecomunicaciones de manera detallada, en varias oportunidades cuál era el propósito y alcance de la actuación administrativa a través de la cual se adelantó el proyecto regulatorio denominado "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*".

En efecto, en el foro llevado a cabo el 10 de diciembre antes mencionado, la Comisión, a través del consultor internacional, explicó detalladamente cuáles eran los elementos que hacían parte de la identificación de la posición dominante en el sector de telecomunicaciones, incluyendo información sobre el trámite detallado que debía seguirse, el cual se cita en inglés, tal y como consta en la presentación que hace parte del expediente administrativo, así:

"The procedure in detail

- *Market definition: "relevant" markets identified, using anti-trust principles, as candidates for ex ante regulation*
 - *Market analysis: is there (single, joint or vertically leveraged) dominance/SMP in the relevant markets*
- Remedies: if there is SMP, a remedy is selected"¹⁰*

Lo anterior fue corroborado en el proyecto regulatorio publicado por la Comisión el 14 de febrero de 2008, en el cual la Comisión manifestó expresamente que "*la regulación deberá basarse en el análisis de las condiciones de competencia en los mercados relevantes que para tal efecto se definan y, posteriormente, en la aplicación de una metodología que permita establecer la existencia de posición dominante en dichos mercados con el fin de determinar obligaciones especiales aplicables a los operadores que ostenten dicha posición. En este sentido, la propuesta regulatoria tiene tres etapas*".

Así mismo, en el foro de fecha 7 de marzo de 2008¹¹, al cual asistieron varios funcionarios de COMCEL y su representante legal¹², la Comisión nuevamente comunicó a todos los operadores de telecomunicaciones qué pasos debían darse y serían abordados por la Comisión. En dicha ocasión la Comisión insistió en los siguientes asuntos:

"Implementación requiere identificar:

- *Cuáles son los mercados relevantes de telecomunicaciones.*
- *En cuáles de ellos deberá concentrarse la actividad reguladora (cuáles son relevantes para regulación ex ante).*
- *Cuáles son los operadores en esos mercados en los que se concentrarán las intervenciones.*
- *Cuáles son los remedios regulatorios apropiados en cada caso particular."*

(...)

"Etapas del proyecto cumplidas

- *Revisión de metodología para definición de mercados relevantes para regulación ex ante puesta en práctica por la Unión Europea.*
- *Recolección y organización de información disponible para trabajo analítico.*
- *Identificación preliminar de mercados de telecomunicaciones minoristas y mayoristas relevantes para regulación ex ante a partir de información*

¹⁰ *"El procedimiento en detalle: • Definición del mercado: identificación de mercados "relevantes", utilizando los principios del derecho a la competencia, como candidatos de regulación ex ante, • Análisis de mercado: si se presenta (singular, conjunta, verticalmente apalancado) dominancia o PSM Medidas: si existe PSM, se selecciona un remedio/medida"*

¹¹ Tal y como consta en la presentación que se encuentra en los folios 61 a 86 del Expediente 2000-8-56. Anexo II Actuación Administrativa COMCEL. Cuaderno 1.

¹² En el folio 86 se evidencia que la Dra. Hilda María Pardo, Representante Legal de COMCEL, asistió al foro público en comento.

disponible, sin análisis de mercados geográficos (con apoyo de equipo de CINTEL).

Etapas pendientes

- *Definición de mercados geográficos relevantes en los que hay poder significativo de mercado sin solución en un plazo razonable de tiempo por desarrollos previsibles del mercado o mediante uso de instrumentos de política de competencia (para producir lista definitiva de mercados relevantes para regulación ex ante).*
- *Identificación de operadores que a los que se aplicará regulación en esos mercados.*
- *Identificación de remedio(s) regulatorio(s) adecuados a aplicar en cada caso particular."*

Adicionalmente, en la reunión llevada a cabo el 23 de junio de 2008 en las instalaciones de la Comisión, con los gremios de la industria, dentro de los cuales se encontraba ASOCEL, de la cual es parte **COMCEL**, la Comisión expuso nuevamente que el análisis abordado implicaba el análisis de la posición de dominio en los mercados de telecomunicaciones y la generación de remedios regulatorios en los mismos. En efecto, en la presentación realizada y publicada en la página web de la Comisión se expuso:

"Lineamientos metodológicos

Actividades definidas en este nuevo periodo de análisis:

- *Recolección de información*
- *Definición de la metodología de análisis*
- *Definición de mercados*
- *Análisis de competencia para identificación de mercados relevantes susceptibles de regulación ex ante*
- *Análisis de posiciones de dominio*
- *Propuesta de remedios regulatorios*
- *Preparación del Proyecto de Resolución y el Documento Regulatorio que se publicarán para comentarios del sector."*

Así mismo, en el documento *"Lineamientos en el marco del proyecto regulatorio de régimen de mercados relevantes de telecomunicaciones"*, publicado en la página web de la Comisión el 30 de mayo de 2008, la Comisión nuevamente comunicó y explicó cuáles eran las diferentes fases de análisis y estudio implicadas dentro de la actuación administrativa involucrada en el proyecto regulatorio de *"Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*. Particularmente en lo que respecta al análisis de la posición de dominio se expuso lo siguiente:

"5.5 Análisis de posiciones de dominio

Con base en la metodología establecida, en esta etapa se aplicarán los indicadores cuantitativos y cualitativos a la identificación de los operadores que ostentan posición de dominio, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones."

Posteriormente, la Comisión el 1 de septiembre de 2008 publicó el documento *"Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*, en el cual se expuso claramente que el análisis de la Comisión implicaría: (i) la identificación de criterios para la definición de mercados, (ii) la definición de mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, (iii) la identificación de criterios para establecer la existencia de posiciones de dominio, donde se abordaría el análisis de posiciones de dominio y (iv) la identificación de principios que orientarían la definición de remedios regulatorios.

Particularmente en lo que se refiere al numeral (iii), esto es la identificación de criterios para establecer la existencia de posición de dominio y el análisis de la misma, la Comisión expuso lo siguiente:

"Para definir la existencia de posición dominante la CRT empleará criterios económicos, con observancia de la normativa aplicable, teniendo en cuenta las condiciones actuales del sector, y del desarrollo previsto de un mercado dado. La Comisión determinará la

existencia de posición dominante con base en una combinación acumulativa de estos criterios y su interpretación, ya que si son tomados por separado, pueden no ser concluyentes. Esto no significa que el regulador deba utilizar todos los criterios mencionados anteriormente para identificar una posición de dominio, ya que en la mayoría de los casos, un subconjunto de criterios le puede permitir al regulador concluir su existencia en un mercado determinado.

3.1 Análisis de posiciones de dominio

De la evaluación de las características de la competencia en cada mercado se obtendrá la información necesaria para caracterizar cada uno de los operadores e identificar aquellos con posición de dominio. En su caracterización se profundizará el análisis de competencia de acuerdo con la metodología descrita en el apartado 1.4. Como resultado de este proceso se obtendrá una lista de los operadores con posición dominante en mercados respecto de los que se efectuará la intervención regulatoria. Las medidas sólo se determinarán como resultado de los análisis de la revisión integral que se adelanta y serán aplicables para cada mercado particular cuando a esto haya lugar."

De esta forma, resulta claro que la Comisión no solamente comunicó el inicio de la actuación y citó a **COMCEL** y a los demás agentes del sector de telecomunicaciones, los interesados en la actuación, para que tuvieran oportunidad de participar activamente dentro del trámite administrativo adelantado para efectos de la constatación de la existencia de posición de dominio, sino que comunicó e informó de manera precisa los objetos de la actuación, entre los cuales estaba el análisis de los mercados y la identificación de la posición de dominio en los mismos con miras al establecimiento de las medidas regulatorias pro competitivas correspondientes, garantizando por lo tanto lo dispuesto en el CCA sobre la comunicación del objeto y sujetos de la actuación.

Así las cosas, resulta al menos extraño, que el apoderado especial indique que la decisión que se recurre le es sorpresiva a **COMCEL**, toda vez que como se demuestra de lo anteriormente expuesto, **COMCEL** y los demás operadores de telecomunicaciones tuvieron noticia del inicio de la actuación administrativa cuyo objeto era el análisis de los mercados relevantes, la determinación de la posición de dominio en los mismos y la determinación de las medidas regulatorias correspondientes, desde la misma expedición del Decreto 2870 de 2007, lo cual se reiteró a través de la discusión y publicación de la Agenda Regulatoria del año 2008 y se comunicó a través de los documentos y publicaciones arriba mencionadas y, particularmente, a través de la mencionada comunicación del 5 de diciembre de 2007.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de solicitar y allegar pruebas resulta importante tener en cuenta que según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, artículo 34, durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas sin términos ni requisitos especiales, lo cual indica que la categorización del tipo de prueba, documento o información que se allegue es amplia. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha explicado que¹³:

"2.3. En materia probatoria, sin perjuicio de la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código Contencioso Administrativo (art. 267) establece las siguientes reglas:

"Artículo 34. Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado".

"Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos sumariamente si afecta particulares.....".

*2.4. Los medios de defensa en las actuaciones administrativas, comprenden necesariamente, como se expreso en la aludida sentencia, la necesidad de que se observen ciertas garantías mínimas en materia probatoria, **con miras a asegurar que los interesados puedan ser oídos y hacer valer sus pretensiones e intereses.**"*

De esta forma, es claro que el propósito de lo dispuesto en el artículo 34 es que los administrados sean efectivamente oídos y puedan hacer valer sus pretensiones, de tal suerte que el debido proceso sustancial, sea aplicado y respetado cabalmente, pudiéndose solicitar y allegar cualquier

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1395-2000.

tipo de prueba o información, en cualquier momento sin necesidad de que exista formalmente un periodo de pruebas.

En efecto, en el caso concreto, **COMCEL** tuvo la oportunidad de remitir la información que consideró pertinente, y de solicitar que se practicaran pruebas y se realizaran los análisis que considerara pertinentes. Como consta de la revisión de los diferentes expedientes de la actuación administrativa, **COMCEL** tanto directamente como a través de la Agremiación de la Industria Celular -Asocel- de la cual forma parte y coordina, presentó dentro del trámite administrativo diferentes comunicaciones, solicitudes de ampliación de plazos, remisión de información, comentarios y argumentos relacionados con la misma, así:

COMUNICACIÓN	FECHA	SUSCRITA POR
Comunicación solicitud de ampliación de plazo (200830480)	Feb-27-2008	Tulio Ángel - Presidente de Asocel
Comunicación solicitud de ampliación de plazo (200830481)	Feb-27-2008	Hilda María Pardo Hasche - Representante Legal Suplente COMCEL S.A.
Confirmación asistencia COMCEL	Mar-05-2008	Angela María Ortiz - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Martin A. Hurtado - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Oscar León - COMCEL S.A.
Formatos preguntas asistentes a la presentación	Mar-07-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comentarios al proyecto de resolución y a la propuesta regulatoria para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia	Mar-14-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para nuevos comentarios (Rad. 200831404)	May-07-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación "precisiones a los comentarios de la industria al proyecto de resolución para la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia". (Rad. 200831593)	May-21-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación gremios de la industria (Incluido Asocel) formulando consideraciones sobre las etapas que se deben adelantar en el proyecto (200831683)	May-28-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL
Carta de los gremios de la industria solicitando a la Comisión el análisis de	Jun-23-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL

temas previos a la revisión de las condiciones de competencia (Rad. 200831984)		
Presentación realizada a los gremios en reunión del 23 de junio de 2008	Jun-23-2008	ANDESCO, CCIT y ASOCEL
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (200833348)	Oct-22-2008	Tulio Angel – Presidente de Asocel
Comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (correo electrónico)	Oct-25-2008	Angela María Ortiz - COMCEL S.A.
Comentarios al documento "Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones" (Rad. 200834003)	Dic-03-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Respuesta COMCEL a requerimiento de información sobre datos acceso a Internet móvil. (Rad. 200834024)	Dic-04-2008	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.
Comunicación solicitud de ampliación de plazo para comentarios a la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre.	Ene-14-2009	Angela María Ortiz – Representante legal suplente Asocel
Documento en el cual COMCEL S.A. presenta a la Comisión comentarios, objeciones técnicas, jurídicas y económicas y presenta información adicional a la Comisión, frente a la propuesta regulatoria publicada el 26 de diciembre de 2008. (Rad. 200930269)	Feb-02-2009	Hilda María Pardo - COMCEL S.A.

De lo anterior se evidencia que con fundamento en todos los estudios y análisis económicos y técnicos elaborados que fueron siendo gradualmente conocidos por todos los operadores involucrados desde un inicio dentro del desarrollo del proyecto regulatorio, la Comisión elaboró la propuesta regulatoria integral para la definición de mercados relevantes en mención, la identificación de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, la constatación de posición dominante en estos últimos (y particularmente de **COMCEL** en el mercado de voz saliente

móvil) y la determinación de medidas regulatorias pro competitivas en los mismos, y la puso en conocimiento del sector el 26 de diciembre de 2008 publicándola en su página web y dando plazo para presentar comentarios y demás documentos que los operadores consideraran necesarios, hasta el día 23 de enero de 2009, plazo que posteriormente fue ampliado hasta el 2 de febrero de 2009.

En atención a lo anterior, **COMCEL** presentó un documento con sus comentarios jurídicos, económicos y de mercado a la propuesta regulatoria, titulado "*Análisis sobre mercados relevantes móviles en Colombia y el papel competitivo de COMCEL*" preparado por la firma NERA Economic Consulting, el cual incluía no sólo observaciones a la metodología establecida por la Comisión para determinar mercados relevantes y a la designación del mercado de "Voz saliente móvil" como uno de los mercados susceptibles de ser regulados, sino también el análisis y debate asociado a lo expuesto por la Comisión en el proyecto sobre la posición de **COMCEL** en dicho mercado. Adicionalmente, presentó tres conceptos jurídicos sobre la legalidad de la propuesta regulatorias, elaborados por distintas firmas de abogados¹⁴.

La actuación desplegada por el operador frente a este documento es fundamentalmente el ejercicio del derecho de contradicción previsto en el procedimiento administrativo y enmarcado en el derecho al debido proceso consignado por la Constitución, siendo evidente que **COMCEL** presentó consideraciones amparadas bajo el ejercicio de dicho derecho, enfocándose fundamentalmente en controvertir los argumentos económicos, jurídicos y técnicos expuestos por la Comisión en relación con los hallazgos que mostraban cuál era la posición de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil". En este punto vale la pena preguntarse qué otro tipo de connotación puede recibir el estudio contratado con la firma NERA tendiente a desvirtuar los planteamientos expuestos por la Comisión, que se refirieron, entre otros, a los resultados que arrojan los índices de concentración y de participación de los operadores en el mercado, sino es el de considerar este estudio como una prueba orientada a controvertir los hallazgos de la Comisión sobre la constatación de la posición de **COMCEL** en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* denominado "Voz saliente móvil".

Lo anterior evidencia que **COMCEL** sí tuvo oportunidad y tiempo suficiente para efectos de analizar el alcance de lo expuesto en el documento publicado el 26 de diciembre de 2008 y de presentar las pruebas, sus argumentaciones, consideraciones jurídicas, económicas y técnicas, como en efecto lo hizo. En este punto resulta oportuno resaltar que **COMCEL** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, presentó los documentos arriba descritos y también hubiera podido presentar y allegar las pruebas e informaciones adicionales que considerara pertinentes. Así, no puede endilgársele ahora a la Comisión el hecho que en tal momento **COMCEL** no se hubiera aprestado a remitir o a presentar pruebas adicionales o que incluso, no hubiera solicitado la práctica de pruebas en instancia del trámite del recurso de reposición bajo análisis.

Adicionalmente, es pertinente recordar que **COMCEL** no sólo tuvo oportunidad suficiente de presentar por escrito todas sus consideraciones y pruebas, sino que adicionalmente el 4 de febrero de 2009, se adelantó una reunión en las instalaciones de la Comisión a la que asistieron los expertos comisionados de la Comisión, uno de los representantes legales de **COMCEL**, su equipo de consultores económicos y funcionarios de dicho operador, reunión en la cual se expusieron ampliamente las consideraciones, pruebas, comentarios, argumentos y puntos de vista de **COMCEL** en relación con lo expuesto por la Comisión en el documento de fecha 26 de diciembre de 2008, tanto desde el punto de vista económico y técnico, como desde la perspectiva jurídica.

En este punto, resulta oportuno tener en cuenta que si bien los recursos de reposición deben, en principio, ser resueltos de plano, la autoridad administrativa al analizar dichos recursos de reposición, puede proceder al decreto y práctica de pruebas, bien sea de oficio o a solicitud de partes. En el caso concreto se encuentra que **COMCEL** si bien podía requerir y allegar pruebas junto con el recurso de reposición interpuesto, no lo hizo por decisión propia.

Lo anterior evidencia ampliamente por una parte, que la Comisión dio la suficiente oportunidad a **COMCEL** de participar activamente dentro del trámite administrativo y, por otra, que **COMCEL** en ejercicio de sus derechos y en defensa de sus intereses, efectivamente participó activamente dentro del mismo ejerciendo los derechos que le corresponden, dándose así estricto cumplimiento a los postulados propios del debido proceso y, particularmente, a los contenidos en los artículos 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, de tal suerte que **COMCEL** estuvo al tanto de cada uno

¹⁴ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

2172

18

de los pasos previos adelantados por la Comisión que sirvieron de base para la construcción y adopción de la decisión que aquí se recurre. En efecto, desde el 26 de diciembre de 2009 **COMCEL** tuvo conocimiento del análisis específico referente a su posición en el mercado Voz Saliente Móvil, razón por la cual no resulta acorde con la realidad afirmar que sólo hasta el 6 de marzo de 2009 **COMCEL** recibió sorpresivamente la noticia sobre el trámite asociado a la decisión regulatoria en comento.

En este punto conviene recordar que en el análisis de mercados relevantes, se debe necesariamente partir de la revisión general de las condiciones de competencia de los diferentes mercados de telecomunicaciones, toda vez que sólo después de dicha revisión pueden identificarse las particularidades de los mismos, así como la posición que los operadores ostentan en estos.

Ahora bien, en lo que respecta al trámite de notificación del acto administrativo particular, al que hace referencia el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, resulta claro que, como el mismo apoderado especial de **COMCEL** lo afirma, la Comisión mediante comunicación de fecha 6 de marzo de 2009, citó a dicho operador para que se notificara personalmente de la Resolución recurrida y, ante la inasistencia de **COMCEL** para surtir dicha diligencia dentro del término legalmente contemplado para tales efectos, fue preciso proceder a la fijación de la notificación por edicto, lo cual tuvo lugar el 17 de marzo de 2009.

Así las cosas, es claro que los trámites, diligencias y procedimientos que se cumplieron con antelación a la expedición de una decisión definitiva, dentro del trámite de una actuación administrativa, contenían tanto elementos propios de aquéllas de carácter general y abstracto, como de aquéllas asociadas a las actuaciones particulares y concretas. De esta forma, los argumentos y elementos de análisis presentados por **COMCEL** fueron evidentemente tenidos en cuenta para la adopción final de una decisión particular, como consecuencia de su participación activa dentro de la misma, tal y como lo reconoce el propio recurso (Folio 68).

Por otro lado, debe mencionarse que en aplicación de los principios que informan las actuaciones administrativas, resulta procedente que entre una actuación administrativa de carácter general y una de carácter particular existan "vasos comunicantes" o inclusive elementos comunes. En efecto, la aplicación de dichos principios imponen a las autoridades adelantar las actuaciones administrativas dando aplicación a los principios de economía¹⁵, celeridad¹⁶ y eficiencia¹⁷, de tal suerte que en aplicación de dichos postulados las diligencias que se realizan como parte de una actuación administrativa general puedan hacer parte de una de carácter particular, siempre con el respeto y aplicación del debido proceso administrativo.

Como bien se sabe, en esa materia el único postulado inviolable e insoslayable es el de que en todo caso deben garantizárseles plenamente a los interesados el debido proceso y el derecho de defensa, el cual, en el caso concreto, fue salvaguardado por la Comisión como se evidencia de lo indicado anteriormente.

En efecto, **COMCEL** ha tenido no sólo las instancias y oportunidades definidas por el Código Contencioso Administrativo, sino muchas más que ha otorgado la Comisión para efectos de poder ejercer su derecho de defensa y para exponer las razones de naturaleza técnica, económica y jurídica que sustentan su posición, las cuales fueron detalladamente analizadas y contestadas por la Comisión tanto dentro del trámite administrativo, como en instancia de vía gubernativa, a través del presente acto. Así mismo, **COMCEL** también tuvo la oportunidad de conocer todos los

¹⁵ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de economía así: "En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa."

¹⁶ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de celeridad así: "En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario."

¹⁷ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de eficacia así: "En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado."

documentos, estudios y conceptos de los consultores externos de la Comisión, así como los comentarios y apreciaciones presentadas por los diferentes agentes del sector.

Por otra parte, en relación con lo expuesto por el recurrente frente al efecto que tiene lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones en relación con la fecha máxima establecida por el mismo para la expedición de la regulación enfocada hacia mercados relevantes, se considera oportuno aclarar que el hecho que el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones establezcan un plazo para la adopción de determinadas medidas regulatorias, implica la imposición de una obligación en términos de tiempo máximo para la definición de los asuntos allí contenidos, más no implica que al cumplirse el mismo, la Comisión pierda la competencia y facultad regulatoria encomendada por el marco legal y reglamentario vigente y, que por lo tanto, ya no pueda volver a hacer análisis de competencia que verifiquen y constaten que en un mercado determinado existe o no posición de dominio para efectos de la determinación de las medidas regulatorias pro competitivas a que haya lugar. Una interpretación de tal naturaleza implicaría concluir, erróneamente, que la Comisión ya no podría volver a analizar la situación de **COMCEL** en el mercado "Voz Saliente Móvil" y, por lo tanto, ajustar, modificar o eliminar las medidas regulatorias pro competitivas adoptadas en caso que la falla de mercado identificada así lo demande.

En efecto, las competencias regulatorias de la Comisión, no tienen la virtualidad de extinguirse en el tiempo, es decir que las mismas no caducan, además porque no provienen de manera exclusiva del Decreto 2870 de 2007, como se vio anteriormente. Sin embargo, el mismo Decreto 2870 de 2007 prevé que estas funciones no se agotan con el cumplimiento del plazo establecido como por ejemplo lo disponen los incisos finales de los artículo 10 y 13 de dicha norma. Lo anterior, toda vez que, como bien lo ha explicado la H. Corte Constitucional, las funciones de regulación constituyen una actividad continua de análisis y seguimiento del comportamiento del mercado, con el fin de adoptar las medidas o decisiones que sean del caso para promover la competencia y salvaguardar los derechos de los usuarios.

Así mismo, resulta oportuno mencionar que la Comisión, como autoridad administrativa encargada de la regulación del mercado de telecomunicaciones, debe velar por el efectivo cumplimiento del interés general y, precisamente, en aplicación de los límites propios de dicho interés, adelantó en este caso particular una actuación administrativa que le otorgó a **COMCEL** y a los demás agentes interesados, la oportunidad y el derecho de participar activamente y de manera suficiente, entregando información, pruebas, observaciones y comentarios, todos los cuales fueron analizados, revisados y tenidos en cuenta para efectos de la estructuración y adopción de la decisión recurrida.

De otra parte, en relación con el cuestionamiento expuesto por **COMCEL** frente a la legalidad y constitucionalidad del Decreto 2870 de 2007 y la solicitud de inaplicación de dicha norma por parte de la Comisión, debe mencionarse que aún cuando **COMCEL** puede controvertir la constitucionalidad de un Decreto reglamentario, la excepción de inconstitucionalidad exige el cumplimiento de unos requisitos y formas jurídicas expuestas por la propia Corte Constitucional, con el fin de garantizar el principio de legalidad y la seguridad jurídica.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo expuesto también por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-600 de 1998, donde dijo:

"En cambio, la hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata.

La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla.

Como lo ha expresado esta Corte, el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la

organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución.

En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaura debe proferir.

Se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad.

Si esa presunción no es desvirtuada, la norma debe aplicarse; las personas -particulares o públicas- cobijadas por ella deben obedecerla; y la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. Así lo consagra expresamente el artículo 4, inciso 2, de la Carta Política, según el cual "es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"; y lo confirma el artículo 6 ibídem cuando proclama que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Por vía abstracta, según lo dicho, la presunción en referencia solamente puede ser desvirtuada mediante fallo de inexecutable proferido por la Corte Constitucional, o de nulidad por inconstitucionalidad, dictado por el Consejo de Estado, según la jerarquía de la norma examinada. Este último, según la propia Constitución (art. 238), tiene además la potestad de suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Pero -claro está-, si se trata de actos administrativos de carácter general, o de una norma con esa misma fuerza, la suspensión provisional también tiene normalmente el mismo efecto abstracto, que no desvirtúa de modo definitivo la presunción de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, pero que lo priva temporalmente de todo efecto jurídico, a la espera del fallo.

Por vía concreta, frente a la indicada regla general, resulta extraordinario el caso en el que la autoridad que tiene a su cargo aplicar la norma puede legítimamente abstenerse de hacerlo, y más todavía, está obligada a esa abstención, por razón de encontrarla incompatible con la Constitución Política. Esta, que es norma de normas, debe prevalecer y ser aplicada a cambio del precepto inferior que la vulnera.

La inaplicación de una norma de jerarquía inferior con apoyo en el artículo 4 de la Carta supone necesariamente la incompatibilidad entre su contenido y el de los preceptos constitucionales. Si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar.

(...)

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

2009

7

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas."

En este sentido, resulta claro que la solicitud presentada por **COMCEL** debe evidenciar una evidente y notoria contradicción, un grave y flagrante antagonismo entre lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007 y el orden constitucional, el cual debe ser de tal tenor que ni siquiera requiera de argumentaciones y análisis jurídicos adicionales. En el caso concreto se encuentra que incluso en la demanda de nulidad contra el Decreto 2870 de 2007 que se cursa ante el Consejo de Estado, ni siquiera se solicitó a dicho Tribunal la suspensión provisional de dicho decreto, suspensión que sólo procede cuando resulte evidente la contradicción entre la norma demandada y el ordenamiento jurídico superior y, en consecuencia, en el auto admisorio de la demanda no se suspendió ninguna de las disposiciones contenidas en el referido Decreto 2870. Además, **COMCEL** no ha demostrado que en el caso concreto exista tal contradicción entre el Decreto mencionado y la Ley.

De esta manera, no puede aceptarse que sin justificación jurídica se busque la inaplicación del Decreto 2870 de 2007 pues debe demostrarse con razones contundentes, que hay **una clara incompatibilidad** entre el orden jurídico superior y el Decreto en mención, por lo que debe darse prevalencia al principio de legalidad.

Debe mencionarse que resulta abiertamente contradictoria la argumentación expuesta por el apoderado especial de **COMCEL**, toda vez que mientras alega que las funciones de la Comisión no provienen directamente de la Constitución Política, sino de la Ley, al mismo tiempo le demanda desconocer las Leyes y reglamentos que le asignan sus funciones so pretexto de aplicar directamente la Constitución Política.

Por las razones precedentes, el cargo propuesto no procede.

2.4. Violación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

En este aparte del escrito de reposición el apoderado de **COMCEL** comienza su argumentación explicando que si bien la Constitución Política no consagra expresamente el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, como sí lo hace la Constitución Española, la Corte Constitucional ha reconocido tal principio como propio del Estado colombiano y procede a citar sentencias de la H. Corte que sustentan su afirmación.

Explica el recurrente que la Corte ha delimitado claramente la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, señalando que cualquier acto arbitrario viola de plano la Constitución Política y que en el caso concreto lo que ha sucedido es que la Comisión ha sido arbitraria porque si la arbitrariedad le está vedada a las autoridades administrativas en ejercicio de competencias discrecionales, mucho más grave será la arbitrariedad en el ejercicio de potestades regladas.

Considera el recurrente que en "este caso, la CRT, por sí y ante sí, decidió inaplicar el procedimiento administrativo establecido en el libro primero del CCA, impidiendo a **COMCEL** ejercer su derecho de defensa y solicitar la práctica de pruebas, pese a que el artículo 1º de tal Código se lo imponía." Afirma que la decisión de acatar la Ley no es una decisión discrecional que

200

28

la Constitución le haya otorgado a la Comisión, pues la Administración es la llamada a dar cumplimiento a la Ley en un Estado Social de Derecho.

Continúa explicando que la arbitrariedad no sólo se manifiesta en la inaplicación del procedimiento y las formalidades del CCA. Al respecto, indica que sólo desde la publicación de la Resolución CRT 2058 de 2009, surtió efectos legales la determinación de los mercados relevantes allí efectuada, por lo que sólo desde ese momento podía la administración realizar los análisis de competencia sobre los mismos con efectos sobre terceros, en orden a determinar la existencia o no de posición de dominio en el mercado.

Así, considera el recurrente que sólo a partir de ese momento la Comisión debió haber abierto una actuación administrativa contra **COMCEL**. Sin embargo el *"análisis de competencia que da lugar a que COMCEL sea declarado operador con posición dominante, se lleva a cabo con el concurso del interesado, en tan sólo un día, el 26 de febrero, pues el 27 de febrero fue expedida la resolución que se recurre"*. Sobre el particular, considera que no puede entenderse cómo un análisis de tal magnitud pudo adelantarse en sólo un día, lo que evidencia para el recurrente el actuar arbitrario de la administración.

Advierte también el recurrente que si la Comisión sostiene que el análisis que condujo a *"determinar la posición dominante de COMCEL en el mercado relevante de voz saliente móvil fue llevado a cabo antes de la expedición de la resolución 2058 de 2009 ... ello evidencia que la CRT ejerció su competencia de determinar la posición dominante en los mercados relevantes, ANTES de que estos mercados existieran jurídicamente, esto es, antes de que la resolución 2058 adquiriera fuerza ejecutoria haciendo producir efectos retroactivos a un acto administrativo de carácter general"* lo cual considera una violación del artículo 43 del CCA, y en contravía del artículo 10 de la resolución 2058.

Consideraciones de la CRC

Como punto de referencia fundamental para abordar este asunto, es necesario empezar por precisar cuál es el significado de la palabra *arbitrariedad*. En el lenguaje común esta palabra se usa para referirse a aquél *"acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho."*¹⁸ Por su parte, la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha acudido a este concepto para diferenciar el ejercicio legítimo de una facultad discrecional del actuar caprichoso de la administración.

Así, la H. Corte Constitucional ha señalado que, si bien es posible que el legislador otorgue a la Administración facultades discrecionales para la adopción de ciertas decisiones o el desarrollo de determinadas actuaciones, con el fin de facilitar la consecución de los fines estatales y el cumplimiento de las funciones a ella asignadas, las decisiones que adopte la Administración en ejercicio de dichas facultades necesariamente deben tener fundamento en motivos suficientes que permitan distinguir lo discrecional de lo puramente arbitrario o caprichoso, tal como lo exige el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo¹⁹. Y, en este mismo sentido, ya desde tiempo atrás el Consejo de Estado había sostenido:

"De manera general, se observa que las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su materia, están reguladas más o menos detalladas en la ley. En algunos casos, la ley o el reglamento determinan la jurisdicción, el órgano competente, la facultad de que se trata, la oportunidad de ejercerla, la forma externa en que debe vertirse la decisión con que se ejerce, el sentido y finalidad en que debe ejercerse, los hechos cuya ocurrencia condiciona ese ejercicio [...]"

"Esta forma detallada y completa de regulación es la ideal en el Estado de derecho, si la preocupación central de éste es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia de los intereses de los administrados. Pero un tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas. Hay casos en que es forzoso dejar a la apreciación del"

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española.

¹⁹ En este sentido se encuentran las sentencias C-108 de 1995, MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; la C-1173 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la T-064 de 2007, MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

026
026

26

órgano o funcionario algunos de aquellos aspectos. Unas veces será la oportunidad para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente en varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente. Esto es, que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios.

"Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. [...]"²⁰ (Se resalta)

En este sentido, es preciso mencionar que la decisión adoptada en la resolución recurrida, no corresponde a un actuar caprichoso de la Comisión. En efecto, dicha decisión se ampara en los análisis profundos y rigurosos de las condiciones de competencia en los mercados de telecomunicaciones, los cuales arrojaron una serie de resultados y de evidencias que implican la adopción de decisiones en ejercicio de la facultad de la Comisión para expedir regulación *ex ante* para el sector de telecomunicaciones y, en este mismo escenario, para constatar qué agentes ostentan posición de dominio en un mercado relevante, lo cual surge como una realidad económica en el mismo.

Así, en el caso concreto, la actuación de la Comisión responde a criterios objetivos, de análisis de mercado, obrando con total transparencia a lo largo de todo el proceso, en el cual publicó todos los estudios, conceptos, asesorías, documentos de trabajo, borradores y demás elementos de análisis que utilizó y, además, tuvo la diligencia de contratar a reconocidos consultores nacionales y extranjeros en distintas disciplinas, publicando la totalidad de los conceptos y estudios emitidos por éstos sin modificación alguna. De esta forma, es evidente que el hecho de que la decisión de la Comisión resulte contraria al querer del recurrente, ello de ninguna manera la califica de "caprichosa", "antojadiza" o "arbitraria".

En este contexto, es preciso tener en cuenta que para el recurrente, la arbitrariedad se manifestó en la supuesta falta de aplicación del procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo para la expedición de los actos particulares y concretos, situación que quedó desvirtuada en el análisis expuesto en el cargo anterior, donde se evidenció que la Comisión dio aplicación tanto al debido proceso asociado a las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto, como a los principios que informan dichas actuaciones administrativas.

Así mismo, el recurrente también considera que la arbitrariedad se genera porque a su juicio, sólo le era dable a la Comisión efectuar el análisis de competencia para establecer qué operadores ostentaban posición de dominio y dar inicio a un procedimiento para esos efectos, a partir de la expedición de la Resolución 2058 de 24 de febrero de 2009, proferida por la misma Comisión. Al respecto, debe mencionarse que es errado pretender condicionar el ejercicio de las facultades regulatorias para definir a los operadores con posición dominante a la expedición de una Resolución que no constituye -ni tampoco podría constituir- el fundamento del ejercicio de potestad alguna de la Comisión. Lo anterior, en la medida en que la facultad otorgada a la Comisión proviene directamente de la Ley y de sus Decretos reglamentarios, como ya quedó dicho anteriormente, y no de lo establecido en la Resolución 2058 de 2009; así, mientras las disposiciones que le otorgan competencias a la Comisión se encuentren vigentes -como ciertamente lo están-, la Comisión puede y debe ejercerlas, sin que sea dable condicionar la posibilidad de su ejercicio al cumplimiento de cualquier otro requisito adicional no previsto por el legislador.

De lo anterior se concluye entonces que la actuación de la Comisión, lejos de ser arbitraria, fue en realidad el resultado del ejercicio de una facultad que encuentra sustento en la propia Ley, por lo que no son de recibo los reproches esgrimidos en este punto por el apoderado especial de **COMCEL**.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Octubre 22 de 1975. Consejero Ponente, doctor Luis Carlos SÁCHICA.

2009
Luo

28

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la Comisión al iniciar los análisis sobre el comportamiento del mercado de telecomunicaciones enfocado hacia mercados relevantes, no podía anticipar en términos absolutos los resultados de los análisis de competencia llevados a cabo y, por lo tanto, los mercados respecto de los cuales sería necesario adoptar medidas regulatorias *ex ante*, ni tampoco los operadores específicos que ostentaran posición de dominio en un mercado determinado, situación que fue expresamente explicada y comunicada a todos los operadores de telecomunicaciones vinculados al trámite administrativo, tal y como se expuso en detalle anteriormente.

En efecto, como se explicó en la resolución recurrida, la Comisión dentro del trámite administrativo adelantó los pasos asociados a la secuencia lógica predicable de la metodología de análisis bajo un enfoque de mercados relevantes, la cual constituye una práctica utilizada por los diferentes órganos reguladores como mecanismo para analizar las condiciones de competencia, en la cual debe partirse de lo general, para posteriormente y con base en los desarrollos y evidencias identificadas, culminar en el análisis particular de cada mercado, constatando si se presenta o no posición de dominio de alguno de los agentes en el mismo. De esta forma, lo que ocurrió en el caso que se analiza, no es más que el claro reflejo de un proceso lógico deductivo, en el que la Comisión al examinar una realidad comenzó a hacerlo de modo genérico y el desarrollo fue llevándola a conclusiones de carácter particular y concreto en un mercado dado, de tal suerte que el procedimiento de determinar los mercados relevantes y la constatación de la existencia de posición de dominio en ellos se realizó de manera concomitante y no como parece entenderlo el apoderado de **COMCEL** en el sentido de que sólo hasta la expedición de la Resolución CRT 2058 de 2009, podía la Comisión entrar a estudiar la posición de los diferentes agentes en cada mercado.

Adicionalmente, debe reiterarse que la metodología de análisis por mercados relevantes constituye una herramienta técnica de análisis de mercado, a través de la cual se ejercen las funciones de regulación, que en este caso le han sido encomendadas a la Comisión. En este sentido, dicha metodología no debe estar contemplada de manera expresa y detallada en las normas que le otorgan competencias a la Comisión, toda vez que la misma en sí misma no constituye una función, sino solamente un mecanismo técnico aceptado internacionalmente como una mejor práctica regulatoria para la revisión del comportamiento de la competencia y la adopción de las decisiones necesarias para corregir dichos problemas de competencia, en el caso de la Comisión desde la perspectiva regulatoria *ex ante*.

Al respecto, vale la pena insistir en que **COMCEL** tuvo conocimiento de cada una de las etapas y pasos adelantados por la Comisión en desarrollo del trámite administrativo inmerso en el proyecto regulatorio de *"Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*, trámite dentro del cual participó activamente remitiendo sus comentarios, observaciones y participando en los foros y reuniones convocadas por la Comisión. Así mismo, desde el 26 de diciembre de 2008, como ya se mencionó, **COMCEL** tenía noticia de los hallazgos identificados por la Comisión en relación con su posición en el mercado "Voz Saliente Móvil", de tal suerte que no puede afirmarse que el proceso de análisis adelantado por la Comisión se abordó en un sólo día.

Así mismo, como ya se ha expuesto en el presente acto administrativo, **COMCEL** tuvo oportunidad de presentar pruebas y todas las documentaciones que consideró necesario remitir para conocimiento y análisis por parte de la Comisión. Muestra de ello es que en la comunicación de fecha 2 de febrero de 2009, dicho operador remitió sus comentarios y análisis técnicos y jurídicos con los cuales contradecía lo propuesto por la Comisión y presentó el documento titulado *"Análisis sobre mercados relevantes móviles en Colombia y el papel competitivo de COMCEL"* preparado por la firma NERA Economic Consulting. Adicionalmente, presentó tres conceptos jurídicos sobre la legalidad de la propuesta, elaborados por distintos abogados²¹.

De lo anterior se concluye entonces que la actuación de la Comisión, lejos de ser arbitraria, fue en realidad el resultado del ejercicio de una facultad que encuentra sustento en la propia Ley, por lo que no son de recibo los reproches esgrimidos en este punto por el recurrente.

Finalmente, con relación a lo afirmado por el apoderado especial de **COMCEL S.A.** en el sentido que *"la actuación de la CRT ha sido, de lejos, la mayor arbitrariedad cometida en el sector de las telecomunicaciones en su historia"*, la misma resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo

²¹ Por los doctores José Gregorio Hernández, José Orlando Montealegre y por la firma Lloreda Camacho Abogados

no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso de la Comisión.

Por las razones precedentes, no procede el cargo formulado.

2.5. Violación del artículo 209 de la Constitución Política

El recurrente en este cargo manifiesta que la Corte Constitucional ha señalado que los procedimientos administrativos, además de sujetarse al debido proceso constitucional, están vinculados a los principios que fundamentan la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, citando jurisprudencia tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Constitucional sobre el particular.

Afirma que *"la CRT violó el principio de la moralidad administrativa, al expedir un acto administrativo definitivo, particular y concreto que afectó los intereses de COMCEL sin el cumplimiento del procedimiento administrativo establecido en el libro primero del CCA, que sin lugar a duda alguna, resultaba aplicable."*

También manifiesta *"que la inobservancia del artículo 1º del CCA por parte de la CRT, pese al claro mandato que contiene, no puede calificarse menos que de grosera, pues no puede existir una interpretación de tal articulado, razonable y conforme la Constitución Política, que conduzca a entender las normas del CCA de la manera que más perjudique al administrado y menos promueva el debido proceso y el derecho de defensa"*. Así mismo, advierte que *"desafortunadamente es necesario concluir que la inaplicación grosera del CCA, pese al claro mandato legal -que no deja lugar a dudas-, no puede obedecer a nada distinto que a la intención manifiesta de los miembros de la CRT de vulnerar su deber de cumplir con los mandatos legales que le imponen garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y del debido proceso conforme a los términos y las formalidades de cada procedimiento, antes de la expedición del acto administrativo que afecta sus derechos."*

Al respecto, afirma también que la única explicación *"plausible para el proceder de la CRT, es que, en aras de regular a COMCEL, decidió intencionalmente no aplicar a COMCEL el procedimiento dispuesto por la Ley para la formación de actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, pues poco creíble es que ello haya obedecido a un descuido involuntario"*. Previa transcripción de algunos apartes de los conceptos rendidos por los abogados que asesoraron el apoderado especial de **COMCEL**, concluye que si ello era aplicable a la resolución que declaraba a **COMCEL** operador con posición dominante, con mayor razón debía aplicarse a la resolución mediante la cual la Comisión afecta sus derechos al imponerle la obligación de poner a disposición de proveedores de contenidos y aplicación una oferta mayorista. Finalmente concluye *"que el incumplimiento del deber legal de aplicar el libro primero del CCA para garantizar el debido proceso de COMCEL, fue intencionalmente provocado por la CRT, como quiera que hasta sus asesores externos especializados le había advertido de la inconstitucionalidad e inviabilidad jurídica de un proceder contrario, razón para concluir enfáticamente que la CRT violó el principio de moralidad administrativa."*

Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el recurrente en relación con la contradicción al principio de moralidad administrativa, esto es *"el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario"*²², debe la Comisión recalcar que su actuar no se ha alejado de las reglas contenidas en el Código Contencioso Administrativo ni en la Ley; todo lo contrario ha actuado de manera diligente y conforme a los cuidados del buen funcionario. La Comisión ha dado aplicación rigurosa a las etapas e instancias contenidas en el mismo, para lo cual informó a **COMCEL** sobre el inicio de un trámite administrativo tendiente a la definición de mercados relevantes, a la identificación de posición de dominio en los mismos y a la determinación de las medidas regulatorias aplicables, comunicó y citó a todos aquéllos agentes que pudieran resultar interesados del desarrollo y resultados

²² Definición adoptada mediante la Ley 472 de 1998. El Consejo de Estado, ha definido *"... la moralidad administrativa es un concepto que no es immanente al ser, es una guía, un derrotero que aplica como principio al ejercicio del poder en especial de la función administrativa que se convierte en un marco bajo el cual se deben ejercer las funciones."*

de la actuación administrativa, dio oportunidad tanto a **COMCEL** como a todos los agentes del sector de telecomunicaciones de allegar documentos, pruebas, análisis y consideraciones en relación con cada uno de los avances que se iban dando en el trámite administrativo²³.

En este punto resulta importante recalcar que la Comisión puso en conocimiento de **COMCEL** los hallazgos identificados en relación con su posición en el mercado "Voz Saliente Móvil", situación expuesta detalladamente en los documentos publicados por la Comisión el 26 de diciembre de 2008, documento respecto del cual tuvo la oportunidad de pronunciarse ampliamente. En efecto, como ya se mencionó en este acto administrativo, **COMCEL** no sólo remitió sus propias consideraciones sobre el particular, sino que también allegó como parte de su argumentación, los análisis económicos elaborados por su consultor, así como los conceptos y consideraciones jurídicas formuladas por tres firmas diferentes de abogados, elementos que fueron previamente analizados en detalle por la Comisión para efectos de la adopción de la decisión que se recurre.

De esta forma, es evidente que antes de tomar una decisión de fondo, se le dio la oportunidad a **COMCEL** de exponer sus argumentos, tanto por escrito como en una reunión llevada a cabo en las instalaciones de la Comisión con el acompañamiento de los consultores económicos de dicho operador. Así mismo, la Comisión procedió a la notificación de la decisión de carácter particular y concreto, concediendo el recurso de reposición que aquí es objeto de análisis.

Así, el actuar de la Comisión está sustentado en las pruebas y en los documentos que están incorporados en los expedientes de la actuación administrativa, documentos que siempre estuvieron a disposición de **COMCEL** y que fueron conocidos, revisados y analizados por dicho operador en diversas ocasiones durante el trámite adelantado.

Si bien la Comisión es respetuosa del derecho de defensa de los administrados y genera en consecuencia los escenarios y espacios necesarios para que dicho derecho pueda materializarse, no puede admitir que so pretexto de dicho derecho, **COMCEL** a través de su apoderado especial realice afirmaciones totalmente contrarias a la verdad, que pretenden generar un manto de duda sobre el actuar transparente adelantado por la Comisión. Lo anterior, no sólo porque la Comisión efectivamente dio aplicación a los postulados del Código Contencioso Administrativo, como anteriormente se demostró, sino también porque su actuar siempre ha estado rodeado de análisis técnicos y de mercado rigurosos, que involucran el cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, independientemente del agente de que se trate o que resulte destinatario de obligaciones regulatorias.

Así mismo, es de mencionar que la referencia que se realiza a los conceptos emitidos por los consultores jurídicos²⁴ de la Comisión resulta descontextualizada llegando a conclusiones erróneas, como ya se había explicado. En efecto, el concepto en comento claramente indica que el procedimiento que hasta ese momento había adelantado la Comisión como antecedente para la expedición del proyecto regulatorio, constituía también el sustento de los actos administrativos particulares y concretos a través de los cuales se llegara a constatar esa posición de dominio.

Finalmente, es del caso mencionar que la afirmación del recurrente en el sentido de que existe una *"intención manifiesta de los miembros de la CRT de vulnerar su deber de cumplir con los mandatos legales que le imponen garantizar al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y del debido proceso (...)"*, resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso para con la Comisión.

Por las razones precedentes, no procede el cargo formulado.

2.6. Violación del artículo 83 de la Constitución Política.

²³ Lo aquí expuesto se evidencia claramente con la simple revisión del expediente y de la página web de la CRT en la cual se relacionan cada una de las actividades y publicaciones realizadas.

²⁴ El apoderado de **COMCEL** hace referencia a algunos apartes del concepto elaborado por la firma ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA S.A.

En este cargo el recurrente hace referencia al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política y cita jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en la cual se explica el alcance de dicho principio.

Afirma el apoderado especial de **COMCEL** que la actuación de la Comisión se ha alejado del principio de la buena fe, pues la Resolución cuya expedición se anunció al público y que así mismo fue objeto de comentarios por operadores, asociaciones y usuarios, entre ellos **COMCEL**, era de carácter general, y bajo tal premisa se efectuó dicha participación, en los términos del Decreto 2696 de 2004.

Expone que **COMCEL** en cumplimiento del principio de buena fe, informó a la Comisión que se transgrediría el ordenamiento jurídico si mediante acto administrativo general se creaban situaciones particulares y concretas. No obstante, el recurrente afirma que *"la actitud de la CRT a ese respecto ha sido absolutamente contraria a la buena fe, pues en vez de iniciar un procedimiento administrativo contra Comcel, habida cuenta de que su análisis le conducía a concluir la existencia de una posición dominante y la imposición a Comcel de la obligación de oferta mayorista, la entidad produjo de plano un acto administrativo definitivo, particular y concreto contra Comcel, que necesariamente debía estar -y no estuvo- precedido de la apertura de una actuación administrativa contra tal empresa en los términos del CCA."* Agrega que *"mientras **COMCEL** actuaba de buena fe mediante la participación en el proceso de la expedición de un acto administrativo general, conforme el decreto 2696 de 2004, la CRT traicionaba tal actitud mediante la imposición de un acto administrativo particular que no fue fruto del procedimiento establecido por la ley."*

Adicionalmente, indica el recurrente que *"la CRT, al expedir la resolución 2067, no observó la conducta inicialmente desplegada por ella, ni fue consecuente con su actuación precedente -el anuncio de la expedición de una resolución de carácter general-. Por esta vía sorprendió a mi poderdante, quien asumía que, en clara correspondencia con su actitud de buena fe, la CRT notificaría la apertura de un procedimiento administrativo en su contra en los términos del Libro Primero del CCA, sin imaginar siquiera que iba a ser objeto de medida tan arbitraria."*

Finaliza su argumentación afirmando que *"resulta entonces desafortunado el mensaje que envía la CRT al sector de las telecomunicaciones, en el sentido de que está dispuesta a todo con tal de lograr los fines que la animan, y que no importan los medios para conseguir objetivos políticos previamente trazados"*.

Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por **COMCEL** en este cargo, debe insistirse que la Comisión dio inicio a una actuación administrativa la cual se adelantó dentro del marco del proyecto regulatorio *"Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*, haciendo referencia expresa a la razón de ser de la misma, a su objetivo, así como a los diferentes análisis y consideraciones que estarían inmersos en la misma. En efecto, como ya se ha explicado en este acto administrativo, el análisis abordado por la Comisión dentro del trámite administrativo en comentario implicaba la decisión de diferentes tipos de decisiones, algunas de carácter general y, otras, de carácter particular y concreto. Así, en el desarrollo de la actuación, la Comisión procedió a: (i) la identificación de criterios para la definición de mercados, (ii) la definición de mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, (iii) la identificación de criterios para establecer la existencia de posiciones de dominio, donde se abordaría el análisis de posiciones de dominio y (iv) la identificación de principios que orientarían la definición de remedios regulatorios.

De esta manera y en aplicación de los principios que informan las actuaciones administrativas, resulta procedente que entre una actuación administrativa de carácter general y una de carácter particular existan "vasos comunicantes" o inclusive elementos comunes. En efecto, la aplicación de dichos principios imponen a las autoridades adelantar las actuaciones administrativas dando aplicación a los principios de economía²⁵, celeridad²⁶ y eficiencia²⁷, de tal suerte que en aplicación

²⁵ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de economía así: *"En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no*

de dichos postulados las diligencias que se realizan como parte de una actuación administrativa general puedan hacer parte de una de carácter particular, siempre con el respeto y aplicación del debido proceso administrativo.

De esta manera, no resulta cierto que el trámite adelantado por la Comisión desconozca o transgreda el principio de la buena fe. En este caso, no puede perderse de vista que los trámites, diligencias y procedimientos que se cumplieron con antelación dentro de una actuación administrativa que tenía elementos propios tanto de una actuación de carácter general como de una actuación de carácter particular que fueron tenidos en cuenta para la adopción final de una decisión particular, no se desarrolló a espaldas de **COMCEL**, sino que por el contrario, a dicho operador se le garantizó la posibilidad de participar de manera suficiente dentro del trámite administrativo, respetando cabalmente su indiscutible derecho de audiencia, tal y como lo reconoce el propio recurrente quien en el recurso de reposición afirma que **COMCEL** participó en esa actuación administrativa, cuyo objetivo y propósito fue delimitado y establecido desde el inicio mismo del proceso de análisis.

De esta manera resulta claro que en ningún caso se generó el "engaño" que forzosamente implica una violación de la buena fe, ni tampoco una falta de lealtad o traición a la confianza debida. Por el contrario, el actuar de la Comisión en este caso concreto, como en las demás actuaciones que adelanta, estuvo y está rodeado de la transparencia e imparcialidad propia de las autoridades administrativas, generando los espacios y escenarios de debate necesarios para que todos los agentes, incluido **COMCEL**, tuvieran la oportunidad de participar activamente dentro de la actuación administrativa que tenía como propósito la definición de mercados relevantes en el mercado de telecomunicaciones, el análisis de competencia en éstos, la identificación y constatación de los operadores que ostentaran posición de dominio en los mismos y la determinación de las medidas regulatorias pro competitivas aplicables.

En este punto debe insistirse en lo expuesto anteriormente en el sentido que las actuaciones administrativas de carácter particular y concreto y las actuaciones administrativas de carácter general y abstracto, pueden tener elementos comunes, como en el presente caso se presentó. El límite se encuentra dado por el necesario respeto y aplicación del debido proceso y del derecho de defensa, derechos que en el caso concreto la Comisión le garantizó a **COMCEL** para lo cual generó todas las instancias necesarias para la participación, acompañamiento, presentación de documentos, pruebas y análisis que se considerara necesario remitir antes de la adopción de una decisión sobre el particular, como ya se ha explicado ampliamente.

En este orden de ideas, y como ya se ha anotado en el presente acto administrativo, la Comisión a lo largo de todo el trámite adelantado dentro del proyecto regulatorio "*Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia*", puso en conocimiento del sector las instancias, pasos y actividades involucrados dentro de dicha actuación administrativa. En el caso concreto de la Oferta Mayorista, se encuentra que la Comisión en el documento publicado el 26 de diciembre de 2008, hizo referencia expresa a que en caso que **COMCEL** fuera el operador con posición de dominio en el mercado "Voz saliente Móvil", dicho operador debería proceder a poner a disposición del público la Oferta Mayorista, tal y como se evidencia de lo planteado en el mencionado documento:

"2. Obligación de oferta mayorista para el operador dominante:

La CRT de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007, impondrá la oferta mayorista del servicio móvil al operador dominante. En dicho caso, el operador dominante estará obligado a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista del servicio móvil en términos y condiciones razonables y no discriminatorios,

se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa."

²⁶ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de celeridad así: "*En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario."*

²⁷ El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo se refiere al principio de eficacia así: "*En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.*"

garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes del servicio, cumpliendo las siguientes obligaciones generales:

- **OBLIGACIÓN DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA:** El operador dominante deberá hacer pública la oferta mayorista del servicio móvil y adelantar las negociaciones que se requieran para el acceso efectivo a sus servicios de forma mayorista, bajo el principio de la buena fe.
- **OBLIGACIÓN DE TRATO NO DISCRIMINATORIO:** El operador dominante en su oferta mayorista deberá ofrecer las mismas condiciones técnicas y económicas que haya ofrecido o acordado con sus matrices, filiales, subsidiarias o con cualquier otro operador o que se haya otorgado a sí mismo, en condiciones no discriminatorias.
- **OBLIGACIÓN DE REMUNERACIÓN Y ORIENTACIÓN A COSTOS:** El operador dominante deberá orientar los precios de su oferta mayorista de servicio móvil a costos eficientes.
- **OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA MAYORISTA:** Las ofertas mayoristas deberán ser puestas a disposición de los otros operadores de servicios de telecomunicaciones y del público en general. Las ofertas mayoristas puestas en conocimiento público, tienen efectos jurídicos vinculantes para el oferente desde el momento de su publicación."

Es más, incluso antes de la publicación del documento regulatorio en comento, era claro para todos los agentes del sector de las telecomunicaciones que, en caso de constatarse una posición dominante en un mercado determinado, a aquel operador le correspondería poner a disposición y en conocimiento general una Oferta Mayorista. Lo anterior, en la medida en que la regla en comento hace parte de las disposiciones contenidas en el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones, el que en su artículo 10 dispone:

"ARTÍCULO 10. APLICACIÓN DE LA OFERTA MAYORISTA. Para promover la competencia conforme al artículo 13 del Decreto-ley 1900 de 1990, los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante, estarán obligados a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura.

(...)

PARÁGRAFO. La oferta mayorista definida en los términos del presente artículo, deberá estar a disposición y en conocimiento general a los dos (2) meses siguientes a la expedición de las disposiciones que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones."

De esta forma, resulta claro que lo dispuesto en la resolución recurrida, no sólo fue objeto de debate en desarrollo del proyecto regulatorio "Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia", como antes se mencionó, sino que, como se observa, lejos de la mala fe, la actuación de la Comisión se enmarca en la obligación señalada claramente en el Decreto 2870, instrumentalizando dicha medida, la cual se reitera, ha sido ampliamente conocida por los operadores de telecomunicaciones.

Finalmente, en cuanto a la desafortunada expresión del apoderado especial de **COMCEL** en el sentido que la Comisión "...está dispuesta a todo con tal de lograr los fines que la animan, y que no importan los medios para conseguir objetivos políticos previamente trazados", resulta por lo menos temeraria, toda vez que no sólo no cuenta con ningún tipo de soporte probatorio, sino que corresponde simplemente a la mera opinión del apoderado, la cual se encuentra alejada del deber de respeto que debe tener frente a las actuaciones de cualquier autoridad pública, en este caso por parte de la Comisión, entidad que no obstante lo anterior hace caso omiso a tales aseveraciones y, en consecuencia, analiza los supuestos jurídicos, técnicos y económicos que sustentan el recurso de reposición presentado con independencia de las mismas, como en efecto se ha hecho a lo largo del presente acto.

Por las razones expuestas, el cargo propuesto no procede.

2.7. Violación del Decreto 2870 de 2007 y de la Resolución CRT 2058 de 2009.

Manifiesta el recurrente que siendo el eje del Decreto 2870 de 2007 la regulación por mercados relevantes, las medidas regulatorias contra los operadores que ostenten posición dominante en un mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, deben aplicarse a los servicios o productos que forman parte de dicho mercado, de forma tal que corrijan la falla de ese mercado y no de otro.

Agrega que *"aplicar medidas regulatorias a servicios que forman parte de mercados NO susceptibles de regulación ex ante, y en los cuales el operador respectivo carece de posición dominante viola el decreto 2870 de 2007 y la resolución 2058 de 2009, y desnaturaliza completamente la idea de regulación por mercados relevantes"*, indicando que fue esto lo que hizo la Comisión al expedir la Resolución 2067 de 2009 mediante la cual impuso a **COMCEL** la obligación de ofrecer al por mayor todos sus servicios a los proveedores de contenidos y aplicaciones, pese a que el mercado relevante en el que se declaró la posición de dominio del operador fue el mercado de "Voz Saliente Móvil".

Indica que la parte resolutive de la Resolución CRT 2067 de 2009 en su tenor literal no deja margen para interpretación distinta a que la oferta debe contener todos los servicios de **COMCEL**. Lo cual implicaría que la Comisión está aplicando regulación *ex ante* en mercados no susceptibles de regulación *ex ante*, en los que no se ha declarado dominante a **COMCEL**.

Concluye este cargo el recurrente diciendo que por lo anterior la Comisión ha violado el Decreto 2870 de 2007 y la Resolución CRT 2058 de 2009 por aplicación indebida *"esto es, por aplicarlas en un caso concreto a hechos no contemplados en el supuesto de hecho de las normas, en la medida en que se adoptó una medida regulatoria ex ante como la oferta mayorista en mercados NO SUSCEPTIBLES DE REGULACIÓN EX ANTE, distintos a aquel en que COMCEL fue declarado operador con posición dominante y en el que deben, de acuerdo con dichas normas, tomarse medidas regulatorias tendientes a corregir los supuestos fallos de mercado"*.

Consideraciones de la CRC

En relación con lo expuesto por el apoderado especial de **COMCEL** en este cargo, debe la Comisión mencionar que según lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 2870 de 2007, el operador que tenga posición de dominio en un mercado determinado, como es el caso de **COMCEL** en el mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como "Voz saliente móvil", se encuentra obligado a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables, no discriminatorias, garantizando la prestación de los servicios relacionados y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura, en los términos que establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

En este sentido, la Resolución CRT 2067 de 2009 contiene una medida establecida en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido como "Voz Saliente Móvil", el cual fue discutido y analizado con el sector durante el trámite del proyecto *"Definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*. En efecto, en el proyecto publicado por la Comisión el 26 de diciembre de 2008, sobre este particular se explicó ampliamente lo que comprendía dicho mercado, haciendo referencia al estado de la competencia, donde se realizó una descripción del mercado y una agrupación según nivel de competencia, así como al análisis prospectivo respectivo. Así las cosas, el mercado referido incluye los servicios de originación de voz móvil y servicios de datos como SMS y MMS.

En este punto resulta importante anotar que en el documento regulatorio en comento, una vez explicados los hallazgos y evidencias asociadas al estado de la competencia y al análisis prospectivo del mismo, se expusieron de manera clara y expresa cuáles debían ser las medidas a adoptar respecto del operador con posición de dominio, dentro de las cuales se hizo referencia a la Oferta Mayorista.

Al respecto, no puede perderse de vista que incluso desde la expedición del Decreto 2870 del 31 de julio de 2007, era claro para los operadores de telecomunicaciones, que en caso de tener posición de dominio en un mercado determinado, a éstos correspondería poner a disposición y en conocimiento general una Oferta Mayorista, tal como esta previsto en el artículo 10 del referido decreto.

De esta manera, la Comisión a través de la resolución recurrida, no hizo nada distinto a aplicar lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 2870 de 2007, una vez constatada la posición de dominio de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", como se explicó anteriormente. Así, resulta

evidente que la Comisión dio aplicación al referido Decreto 2870 de 2007 y actuó conforme los postulados y criterios dispuestos en el mismo.

En este sentido, la Resolución CRT 2067 de 2009 da aplicación al mandato contenido en el artículo en comento y, por ende, no contradice lo dispuesto en el Decreto 2870 de 2007, en concordancia con lo establecido en la Resolución CRT 2058 de 2009, por cuanto está orientada a definir las medidas de prevención del abuso de la posición dominante en el mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como "Voz saliente Móvil.

Por las razones planteadas, no procede el cargo formulado.

2.8. La Comisión carece de competencia para ordenar a COMCEL poner a disposición de proveedores de contenido y aplicaciones la oferta mayorista o regular *ex ante* tal oferta. Falsa motivación de la Comisión en materia de su competencia para regular *ex ante* la oferta mayorista.

En este cargo, el recurrente alega que el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007 otorgó a la Comisión las funciones de 1. Definir los criterios y condiciones para determinar mercados relevantes; 2. Determinar la existencia de posición dominante en los mercados definidos por la Comisión; 3. Revisar periódicamente dichos criterios y condiciones; 4. Intervenir a solicitud de parte para hacer efectiva la oferta mayorista, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes.

Agrega que por ministerio del Decreto 2870 de 2007 el operador que detenta posición de dominio adquiere la obligación de poner a disposición y en conocimiento general la oferta mayorista, pero que dicho Decreto no otorga funciones a la Comisión para "ordenar" al operador que ponga a disposición y en conocimiento general dicha oferta, así como tampoco para regular de manera *ex ante* las condiciones y requisitos que debe reunir tal oferta "*como quiera que la CRT sólo adquiere -inconstitucionalmente- competencia cuando, en el evento en que no se logre un acuerdo sobre la misma como resultado de la negociación que adelanten las partes, una de ellas solicite su intervención. No antes de que ello ocurra*".

Considera el recurrente que la Resolución CRT 2067 de 2009 está viciada de nulidad por falta de competencia al dar una orden para la cual no estaba habilitada y fijar de manera *ex ante* las condiciones de la oferta mayorista. Así mismo, considera que la Comisión incurre en falsa motivación.

Adicionalmente, manifiesta que ni por virtud del artículo 11 de la Resolución CRT 2058 de 2009, ni por el artículo 18 del Decreto 2870 de 2007, o los artículos 334 y 365 de la Constitución Política, los artículos 3 y 4 del Decreto Ley 1900 de 1990, ni el Decreto 1130 de 1999, tiene la Comisión función alguna en relación con la oferta mayorista, como tampoco se podría alegar que por virtud de la Ley 1151 de 2007 la Comisión puede regularla.

Concluye que no existe norma jurídica alguna que otorgue a la Comisión la facultad de ordenar a COMCEL poner a disposición la oferta mayorista ni para determinar *ex ante* las condiciones de dicha oferta.

Consideraciones de la CRC

En primer lugar, debe recordarse que, como se expuso anteriormente, la Comisión sí tiene competencia para efectos de establecer las condiciones de la Oferta Mayorista a las que hace referencia la Resolución CRT 2067 de 2009, lo anterior, toda vez que la definición de dichas condiciones son el resultado del ejercicio de la función regulatoria de promoción de la competencia encomendada a la Entidad, quien de conformidad con la normatividad que le otorga facultades, cumplió el mandato contenido en el artículo 10º del Decreto 2870 de 2007.

De esta forma, y como se explicó detalladamente en la resolución que se recurre, la competencia de la Comisión en el caso concreto, no solo proviene directamente del Decreto 2870 de 2007, el cual en su artículo 10º explícitamente reconoce que reglamenta lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1900 de 1990, sino que está soportada en la Ley 555 de 2000, la Decisión 462 de la

2009
2172

18

Comunidad Andina, el Decreto 1130 de 1999 y en los principios y postulados que obligan al Estado Colombiano de que trata la Ley 170 de 1994 y la Ley 671 de 2001.

Así, la Comisión en ejercicio de las funciones a ella encomendadas, cumplió el mandato contenido en el Decreto 2870 de 2007, según el cual el operador que tenga posición de dominio en un mercado determinado, como es el caso de **COMCEL** en el mercado "Voz saliente móvil", se encuentra obligado a poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables, no discriminatorias, garantizando la prestación de los servicios relacionados, y la remuneración de los costos eficientes de la infraestructura, en los términos que establezca la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Así, como consta en el acto recurrido, tanto las normas legales como las reglamentarias le otorgan competencia a esta Entidad para que una vez constatada la posición de dominio por parte de un agente en un mercado determinado, mediante regulación *ex ante* adopte las medidas regulatorias que promuevan efectivamente la competencia. De esta manera, en el caso objeto de examen una vez constatada la posición de dominio de **COMCEL** como realidad de mercado, en ejercicio de sus potestades expidió el acto recurrido.

De esta manera, las condiciones y términos que establezca la Comisión corresponden al desarrollo de sus funciones regulatorias, las cuales, como se anotó en el acto recurrido, tienen fuente legal, las cuales desarrollan y dan aplicación a los mandatos del Decreto 2870 mencionado.

Por lo anterior, no procedé el cargo formulado.

2.9. La Comisión incurrió en desviación de poder al expedir la Resolución 2067 de 2009.

En este cargo, subsidiariamente a los cargos referidos a la competencia de la Comisión, el apoderado de **COMCEL** señala que el órgano administrativo incurre en desviación de poder cuando en su actuación utiliza sus competencias o potestades públicas para fines distintos a los que sirvieron de supuesto para otorgarle esas competencias o potestades y acude a la doctrina que define este concepto para fundamentar su cargo.

Explica el recurrente que en desarrollo del artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, la regulación de mercados relevantes tiene como finalidad la promoción de la competencia en aquellos mercados susceptibles de regulación *ex ante*, en los que la Comisión encontró fallas de mercado, lo anterior en razón a la existencia de posición dominante en el mercado. Agrega que en orden a hacer exigible de tal operador la obligación de poner a disposición la oferta mayorista, la Comisión debe definir los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes, así como determinar la existencia de posición dominante en dichos mercados.

Señala el recurrente que en consecuencia, no constituye el fin de la Resolución CRT 2067 de 2009 la imposición de la oferta mayorista para servicios que no hacen parte del mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, ni para mercados en los que el operador no ostenta posición dominante, como estima que así lo hizo la Comisión en la resolución impugnada.

Afirma **COMCEL** que la oferta mayorista creada en el Decreto 2870 de 2007 no tiene como fin el aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en beneficio de todos colombianos, en los términos señalados por la Comisión. Concluye que constituye desviación de poder que la Comisión haya introducido la medida de oferta mayorista con el fin de lograr una mayor utilización de las TIC y no para la promoción de la competencia, que es el objetivo que el Ministerio de Comunicaciones señaló en el Decreto 2870 de 2007 para dicha medida, citando para soportar su afirmación una contestación del Ministerio de Comunicaciones a la demanda del Decreto 2870 en cuestión.

Consideraciones de la CRC

La regulación de oferta mayorista responde a la necesidad de adecuar el marco regulatorio de todas las redes y mercados de servicios de telecomunicaciones, en orden a adecuarla a los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, en los términos

✓

2009
20

previsto en el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, ya citado, así como del artículo 18 del mismo decreto 2870 de 2007. Este último artículo particularmente señala:

*"Adecuación de la regulación. (...) la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones deberá adecuar dentro del año siguiente a la entrada en vigencia del presente decreto, el marco regulatorio aplicable a todas las redes y al mercado de los servicios de telecomunicaciones, en ambiente de convergencia tecnológica, con excepción de los servicios de Radiodifusión Sonora de que trata el Decreto ley 1900 de 1990 y de Televisión de que trata la Ley 182 de 1995 y sus modificaciones, **de tal manera que se oriente a una regulación por mercados relevantes, acorde con las necesidades de los usuarios, la promoción efectiva de la competencia en el sector de telecomunicaciones, la obligación de interconexión e interoperabilidad de todas las redes de telecomunicaciones del Estado y los postulados de la sociedad de la información previstas en las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de otros organismos internacionales, vinculantes para Colombia (se resalta).***

En ese contexto, mediante la Resolución 2067 de 2009 la Comisión determinó un instrumento necesario para la efectiva incorporación de la oferta de contenidos y aplicaciones al público, como es el caso de a través de la adopción de medidas regulatorias respecto de la oferta mayorista que debe ofrecer a terceros el operador con posición dominante en un mercado relevante con el fin de promover la competencia. Lo anterior, acorde con la finalidad pública del servicio de telecomunicaciones, que es interés no sólo del Estado sino que compromete a todos los agentes del mercado.

Teniendo en claro lo anterior, debe anotarse que el H. Consejo de Estado, respecto de la desviación de poder alegado por el recurrente en este cargo, ha señalado:

*"La desviación de poder es una modalidad de legalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 20. de la Constitución Política y el art. 20. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser. De suerte que quien alega esta causal de nulidad está obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió **con un fin y por motivos no admitidos para la moral administrativa**"²⁸.*

Así, es de recordar que la Comisión señaló claramente en el acto impugnado que la finalidad de la oferta mayorista establecida es la promoción de la competencia, dentro del marco anteriormente señalado, es decir, que la medida adoptada por la resolución impugnada responde a la finalidad de la misma definida en el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007. En consecuencia, la afirmación del recurrente que alega la desviación de poder respecto de la actuación de la Comisión manifiesta en la Resolución 2067 de 2009 carece de fundamento, dado que su propósito y objetivos se ajustan a los fines y motivos pretendidos por la administración a través de la misma.

Vale la pena señalar que el H. Consejo de Estado, a partir del concepto de desviación de poder, ha adelantado análisis particulares de su aplicación como se indica a continuación:

"4.3.2. Desviación de poder.

Esa causal de nulidad para los actos administrativos se refiere a la intención con la cual una autoridad administrativa, desde el punto de vista funcional o material, dicta un acto.

El Código Contencioso Administrativo dispone, entre otros, que es causal de nulidad de los actos administrativos "la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió" (art. 84).

Por lo tanto la configuración de esa causal comporta, en primer término, conocer las atribuciones de la autoridad que dicta el acto y, en segundo término, deducir por confrontación o prueba, según el caso, que la finalidad perseguida con la competencia otorgada no se cumple, porque la intención del funcionario (subjetiva) fue otra.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION SEGUNDA -SUBSECCION "B", Sentencia de 16 de octubre de 1997, C.P. Silvio Escudero Castro.

La jurisprudencia ha dicho:

'El vicio llamado por la doctrina y por la ley 'Desviación de poder', consiste en el hecho de que la autoridad Administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo externo a las regularidades de forma, la ejecuta no en vista del fin del cual ha sido investido para esa competencia, sino para otro distinto. Por lo tanto, cuando se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, acusado de desviación de poder, el demandante está en el deber demostrar plenamente que la autoridad administrativa proferidora del acto, lo dictó, no en beneficio del buen servicio - lo que se presume - sino con un fin que se aparte de ese criterio' [Se cita: CONSEJO DE ESTADO- Sección Segunda. Sentencia proferida el 16 de diciembre de 1991. C.P.: Dr. Alvaro Lecompte L.]

En consecuencia para concluir si se configuró, en este caso, o no dicha causal de nulidad se requiere determinar: cuál es el espíritu de la competencia, cuál fue la intención perseguida por la ley o norma al otorgar la competencia y cuál fue el fin perseguido por el agente"²⁹.

Como se observa, la desviación de poder se refiere a la intención con la cual una autoridad administrativa, desde el punto de vista funcional o material, dicta un acto, en consecuencia, la configuración de la misma implica en primer lugar un examen de las atribuciones de la autoridad que dicta el acto y, en segundo término, deducir que la finalidad perseguida con la competencia otorgada no se cumple, porque la intención del funcionario fue otra.

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado para concluir si se configuró, en este caso, o no desviación de poder se requiere determinar cuál es el espíritu de la competencia, cuál fue la intención perseguida por la norma al otorgar la competencia y cuál fue el fin perseguido por la Comisión. De lo expuesto hasta aquí se observa que la Resolución CRT 2067 de 2009 fue expedida: (i) De acuerdo con las facultades legales otorgadas a la Comisión, por la Ley 170 de 1994, la Ley 555 de 2000, la Ley 671 de 2001, la Decisión 462 de 1999 y la Resolución 432 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones y la Resolución CRT 2058 de 2009, y además (ii) Con el fin de promover la competencia atendiendo a la obligación de los operadores de telecomunicaciones con posición dominante en un mercado relevante de poner a disposición y en conocimiento general, la oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, garantizando la prestación de los servicios, en los términos previstos en el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007.

En conclusión, la Resolución CRT 2067 de 2009 fue dictada conforme a las atribuciones otorgadas a la Comisión, que incluyen funciones regulatorias de carácter general y particular, de acuerdo con la finalidad de dicha prerrogativa, que es la promoción de la competencia -en este caso- en el mercado susceptible de regulación *ex ante* definido como voz saliente móvil, por lo que no se configura desviación de poder en la medida en que del acto impugnado se evidencia que existe total correspondencia entre la intención o el fin que busca la Comisión con la expedición del mismo y la competencia a ella otorgada.

Por lo anterior, el cargo planteado no prospera.

2.10. Violación del Artículo 333 de la Constitución Política. Violación de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad de la intervención administrativa. Violación del artículo 36 de CCA.

Argumenta el recurrente que de acuerdo con el principio de proporcionalidad reconocido por la H. Corte Constitucional y previsto en el artículo 36 del CCA, la actividad administrativa "(...) no sólo exige que exista una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, sino que prohíbe cualquier tipo de exceso."

En ese orden de ideas, considera **COMCEL** que la resolución impugnada no se adecua al principio de proporcionalidad "(...) en la medida que la obligación de ofrecer servicios de telecomunicaciones

²⁹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA, Sentencia del 13 de julio de 2000, C.P. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

206
200

76

al por mayor a los proveedores de aplicaciones y contenidos, para que estos suministren dichas aplicaciones y contenidos soportándose en aquellos, carece por completo de idoneidad para generar presiones competitivas entre las empresas que concurren al mercado de voz móvil a ofrecer servicios de telefonía móvil, mucha más cuando la oferta mayorista no puede ser utilizada para el suministro de servicios de telecomunicaciones en el mercado minorista (...)".

Consideraciones de la CRC

La Resolución CRT 2067 de 2009, una vez constatada la posición dominante de **COMCEL** en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* definido como "Voz saliente móvil" en los términos de la Resolución CRT 2058 de 2009, fija las condiciones y criterios en que la oferta mayorista debe poner a disposición de proveedores de contenidos y aplicaciones, al por mayor, los servicios que presta **COMCEL**, que para el mercado de Voz Saliente Móvil incluye tanto mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS), que utilizan redes de dicho operador. Lo anterior, para que los proveedores de contenidos y aplicaciones presten servicios que permitan la implementación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, tales como Telemedicina, Tele-educación, Banca Móvil y demás facilidades que se traduzcan en beneficio para los usuarios.

En esa medida se resuelve en el acto impugnado que "(...) **COMCEL S.A.** deberá poner a disposición de los proveedores de contenidos y aplicaciones la oferta mayorista a la que se refiere el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, en condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables, transparentes y no discriminatorias, mediante las cuales ofrece a los Proveedores de contenidos y aplicaciones sus servicios a precios mayoristas para que éstos a su vez suministren contenidos y aplicaciones al público, de acuerdo con las normas que regulan la actividad económica a que se refiera el servicio prestado por los Proveedores de contenidos y aplicaciones y cualquier otra disposición aplicable al respecto en materia de desarrollo normativo del Decreto 2870 de 2007 y sus modificaciones."

Teniendo claro lo anterior, resulta necesario para estudiar el cargo formulado por **COMCEL** analizar el concepto de razonabilidad, el cual está ligado necesariamente al de proporcionalidad, como fue recogido originalmente de la teoría jurídica alemana por la jurisprudencia constitucional colombiana, en Sentencia C-022 de 1996³⁰. Así, conforme al *test* de razonabilidad debe abordarse un análisis en tres pasos: (i) El primer paso consiste en examinar si el acto persigue un objetivo constitucionalmente permitido, (ii) El segundo paso se centra en analizar, si el acto es adecuado para lograr el objetivo perseguido, y (iii) El tercer paso consiste en analizar la medida adoptada en función de la proporcionalidad entre las restricciones que impone y los beneficios que se derivan de ella.

Sobre el particular vale la pena señalar que la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha entendido que el derecho a la libre competencia económica se encuentra atemperada, por la prevalencia del interés colectivo. En efecto, la Resolución CRT 2067 de 2009 adopta una medida regulatoria para la promoción de la competencia consistente en la puesta a disposición por parte de **COMCEL** a los proveedores de contenidos y aplicaciones de la oferta mayorista, señalando que ésta debe ofrecerse en condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables, transparentes y no discriminatorias. Como se evidencia, estas condiciones de la oferta corresponden adecuadamente a la garantía de la prestación de los servicios y a la promoción de la competencia en los términos previstos en el artículo 13 del Decreto Ley 1900 de 1990, y al mercado relevante susceptible de regulación *ex ante*, en este caso, el mercado de "Voz saliente Móvil", el cual incluye el conjunto de llamadas móviles junto con mensajes cortos de texto (SMS) y mensajes multimedia (MMS) que utilizan redes del servicio móvil.

Teniendo en cuenta el alcance limitado de la medida, por cuanto la única carga que impone a la empresa recurrente es la formulación de una oferta mayorista bajo criterios de transparencia y no discriminación, se concluye que esta obligación no es desproporcionada ni carente de razonabilidad. Por el contrario, de acuerdo con lo anterior, la medida adoptada mediante la Resolución CRT 2067 de 2009 garantiza una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado. Adicionalmente, la observancia de principios tales como los enunciados que no sólo son aplicables por imposición regulatoria sino deseables en la gestión y en la prestación del servicio a cargo de **COMCEL** y los demás agentes del mercado, acorde con las buenas prácticas comerciales.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

En consecuencia, la medida adoptada atiende a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la intervención administrativa que el recurrente considera conculcados, por cuanto las condiciones de razonabilidad, transparencia y no discriminación definidas para la oferta mayorista exigida a **COMCEL**, que en este caso corresponde a los medios previstos por la actuación administrativa, guardan una relación adecuada con las finalidades de garantía de la prestación del servicio y de promoción de la competencia perseguidas por el Estado.

Finalmente, la Comisión considera importante insistir en que la única obligación de **COMCEL** a este respecto consiste en una puesta a disposición de la oferta mayorista a proveedores de contenidos y aplicaciones, en condiciones no discriminatorias y transparentes, por lo tanto, en si misma no supone una carga, las condiciones de dicha oferta se rigen por los principios antes señalados, los que no exceden ni siquiera la gestión normal de cualquier agente del mercado, bajo condiciones de libre competencia económica y acorde con el interés general que comporta la prestación del servicio.

Por lo anterior, no procede el cargo formulado.

2.11. Violación de la doctrina constitucional de la Sentencia T-058 de 2009. Falta de competencia de la Comisión para modificar el contrato de concesión entre la Nación Ministerio de Comunicaciones y Comcel S.A. Violación del debido proceso. La Comisión ha incurrido en vía de hecho por defecto orgánico.

En primer lugar, el recurrente resalta que la H. Corte Constitucional ha señalado el carácter vinculante de la doctrina constitucional cuando la misma Corte fije el alcance de las disposiciones constitucionales.

Sobre el cargo formulado, **COMCEL** señala que la Sentencia T-058 de 2009 sentó doctrina constitucional sobre el alcance del derecho al debido proceso del administrado ante la intervención del Estado en la economía a través de las Comisiones de Regulación. Entiende el recurrente que la Corte Constitucional ha señalado que se viola el derecho al debido proceso cuando, al intervenir en la economía, las comisiones alteran la voluntad de las partes, establecida en un contrato, por carecer de competencia para ello.

En ese orden de ideas, considera que la Comisión mediante la expedición de la Resolución CRT 2067 de 2009 modifica los contratos de concesión celebrados entre la Nación – Ministerio de Comunicaciones y Comcel, señalando que:

"En efecto, a través de una norma regulatoria expedida con posterioridad a la celebración de los contratos de concesión de 1994, la CRT modifica el ámbito de autonomía de Comcel para prestar, operar, explotar, organizar y gestionar, por su propia cuenta y riesgo, el servicio de Telefonía Móvil celular, pues lo obliga a comercializar sus servicios de TMC bajo las condiciones exigidas por un tercero, como lo es la CRT. En adelante, COMCEL no podrá comercializar su servicio conforme lo defina su estrategia comercial, sino que lo hará de acuerdo con las imposiciones de la CRT."

Consideraciones de la CRC

Como soporte del cargo de violación del debido proceso que alega el recurrente, cabe mencionar en primer término que la aplicación de la doctrina constitucional recogida en la Sentencia T-058 de 2009, se refirió en particular sobre un contrato de interconexión y no respecto de un contrato de concesión, que en opinión del recurrente es el que compromete la resolución impugnada. Se evidencia de lo anterior que los supuestos fácticos del pronunciamiento de la H. Corte Constitucional son completamente diferentes, además los contratos objeto de examen en un caso y en otro no comparten su naturaleza por cuanto no guardan identidad entre las personas que los suscriben ni en cuanto a su naturaleza se refiere, en el contrato de interconexión participan operadores de telecomunicaciones conformados como empresas comerciales, el objeto de los mismos es diferente, y tampoco guardan identidad respecto del régimen que los disciplina.

Adicionalmente, a la falta de coincidencia entre el fallo de tutela que sustenta este cargo y las situación de hecho que nos ocupa, vale la pena señalar que el recurrente pretende desconocer el

206
207

28

hecho que el fallo de tutela sólo produce efectos entre las partes involucradas, esto es, respecto de ETB S.A. E.S.P. y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., en lo que respecta a esa específica relación de interconexión.

Así mismo, es preciso tener en cuenta que las consideraciones a las que hace referencia **COMCEL** en su recurso respecto del fallo de tutela en mención, constituyen consideraciones *obiter dicta*, esto es, aquéllas que, si bien están incluidas en la motivación de la Sentencia, no resultan determinantes para efectos de la decisión adoptada. Al respecto, la H. Corte Constitucional ha señalado las siguientes razones teóricas y prácticas para limitar la fuerza vinculante de la doctrina constitucional, explicando el alcance de las consideraciones *obiter dicta*:

*"La ratio decidendi está representada por aquel fundamento normativo que, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, constituye la base directa de la decisión tomada en el caso concreto. Según la terminología acuñada en nuestra práctica jurídica nacional, la ratio decidendi serían las "sub-reglas" jurisprudenciales que se desprenden de las decisiones tomadas por la Corte. En cambio, aquellas consideraciones de la parte motiva que no determinaron la decisión previa son llamadas obiter dicta (dichos al pasar). Las razones teóricas y prácticas por las cuales únicamente la ratio decidendi es vinculante, mientras que los obiter dicta tienen una fuerza meramente persuasiva, son esencialmente tres: (i) el respeto a la igualdad, (ii) los límites de la legitimidad de la creación judicial de derecho y (iii) la prudencia en la construcción inductiva de reglas judiciales."*³¹ (se resalta)

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de los apartes del fallo de tutela T-058 de 2009 al caso que nos ocupa por parte del apoderado especial de **COMCEL** no resulta procedente, no sólo porque no se refiere a la misma situación de hecho sino porque dicho fallo sólo produce efectos entre las partes involucradas. Adicionalmente las consideraciones esgrimidas por **COMCEL** son *obiter dicta* y, en consecuencia, no son vinculantes.

Por las razones expuestas, el cargo formulado no procede.

2.12. La Resolución 2067 de 2009 está viciada de nulidad por indeterminación de su objeto. Violación del artículo 29 de la Constitución Política por sujetar la obligación de oferta mayorista a normas jurídicas indeterminadas que no se han expedido en el momento de la expedición de la Resolución 2067 de 2009 ni resultan aplicables al sector de telecomunicaciones. Violación del artículo 365 de la Constitución.

En este aparte del recurso de reposición el apoderado especial de **COMCEL** señala que el objeto de la Resolución CRT 2067 de 2009 carece de la claridad que se requiere para imponer obligaciones al administrado, lo que en su opinión hace "(...) *etéreo, indeterminado e indeterminable el alcance de la obligación impuesta a Comcel*". Se refiere en particular a la definición de contenidos y aplicaciones contenida en la Resolución CRT 2067 de 2009, señalando que de acuerdo con la misma es imposible definir con precisión quiénes son los destinatarios de la oferta.

Agrega que el objeto de la resolución es indeterminado e indeterminable en tanto "(...) *sujeta la oferta mayorista de los servicios públicos de Comcel a condiciones prevista en normas jurídicas que no están determinadas ni son determinables*." Como consecuencia de lo anterior, afirma:

"Así Comcel no puede sujetar su oferta a las normas que regulan la actividad económica a que se refiere el servicio prestado por los proveedores de contenidos y aplicaciones, pues habrá tantas normas como actividades económicas, y porque, en razón al límite de su objeto social, Comcel no está obligado a tener conocimiento de todas las normas que regulan todas las actividades económicas de todos los proveedores de contenidos y aplicaciones."

Adicionalmente, señala que la Resolución CRT 2067 de 2009 sujeta la obligación de **COMCEL** de la oferta mayorista a condiciones que no existen en el momento de la expedición del acto particular y concreto, cómo el desarrollo futuro normativo del Decreto 2870 de 2007, violando el debido proceso de **COMCEL**. Igualmente, insiste en la aplicación del Libro Primero del CCA ante

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, y Marco Gerardo Monroy Cabra.

CP
2009

28

manifestaciones de la autoridad del Estado, cuando tengan por objeto la afectación de los derechos de los administrados, en este caso, al afectar el derecho a la libre comercialización de los servicios.

Consideraciones de la CRC

La Resolución CRT 2067 de 2009 determina en el artículo primero que *"COMCEL S.A. deberá poner a disposición de los proveedores de contenidos y aplicaciones la oferta mayorista a la que se refiere el artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, en condiciones comerciales, económicas y técnicas razonables, transparentes y no discriminatorias, mediante las cuales ofrece a los Proveedores de contenidos y aplicaciones sus servicios a precios mayoristas para que éstos a su vez suministren contenidos y aplicaciones al público, de acuerdo con las normas que regulan la actividad económica a que se refiera el servicio prestado por los Proveedores de contenidos"*

Como se observa, la medida adoptada por la Comisión claramente establece en cabeza de **COMCEL** la obligación de ofrecer a los proveedores de contenidos y aplicaciones la oferta mayorista, definiendo de esta forma, tanto el sujeto activo como el pasivo de la obligación contemplada en la resolución recurrida. No es una oferta abierta al público en general sino a aquellas personas que caben dentro de la definición establecida en la Resolución CRT 2067 de 2009.

En esa medida mencionada resolución, acorde con las recomendaciones UIT define los sujetos activos de la obligación de **COMCEL** de poner a disposición una oferta mayorista de sus servicios, en los términos del numeral 6.1.2:

"6.1.2 Definiciones. Para efectos de la presente resolución se adoptan las siguientes definiciones:

1. *Contenidos y aplicaciones: De acuerdo con las recomendaciones de la UIT, los contenidos son: en el contexto del tratamiento de mensajes, se trata de un objeto de información, que es parte de un mensaje y que el sistema de transferencia de mensajes no examina ni modifica, salvo para conversión, durante el transporte del mensaje. En relación con las aplicaciones, un proveedor de servicios de aplicación es una entidad (persona o grupo) que suministra servicios de aplicación a usuarios móviles a través de un servidor de aplicación.*

2. *Proveedores de Contenidos y Aplicaciones: Personas naturales o jurídicas que tengan dentro de su objeto social la prestación al público en general de contenidos y aplicaciones.*

(...)"(se resalta)

De esta forma, resulta claro que la Comisión, con fundamento en las normatividad aplicable, acudió a las definiciones contenidas en la UIT para efectos de identificar claramente quiénes son los destinatarios de la obligación impuesta a **COMCEL** e incluso en el texto de la resolución recurrida se enunciaron algunos ejemplos, así:

"En línea con lo anterior, las posibilidades que se desprenden en relación con el fomento de aplicaciones y contenidos a través de los servicios móviles, permiten desarrollar ofertas en diferentes campos de alta prioridad para el Gobierno Nacional tales como: empleo, salud, educación, gobierno, comercio (conocidas internacionalmente como E-employment, E-health, E-learning, E-government, E-business, etc). Algunos ejemplos de aplicaciones y contenidos son: consultas médicas y monitoreo de salud en zonas rurales, acceso a información del Gobierno, información y transacciones bancarias, comercio electrónico, manuales educativos interactivos, georreferenciación, etc."

Ahora bien, respecto de lo expuesto por el recurrente en relación con el hecho que no le es posible a **COMCEL** sujetar su oferta a las disposiciones que regulan la actividad económica a que se refiere el servicio prestado por los proveedores de contenidos y aplicaciones, debe la Comisión aclarar que el propósito de la Oferta Mayorista a la que hace referencia la resolución recurrida, es que tales proveedores puedan tener acceso al por mayor a los servicios de **COMCEL**. Por lo tanto, las reglas

2172

8

a las que debe sujetarse la oferta en comento, son las relativas a los servicios que presta dicho operador, así como a las reglas específicas previstas en la resolución recurrida.

Por lo anterior, no procede el cargo formulado.

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. Admitir el recurso de reposición interpuesto por **COMCEL S.A.**, contra la Resolución CRT 2067 de 2009.

ARTÍCULO SEGUNDO. Negar las pretensiones del recurrente y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la Resolución CRT 2067 de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

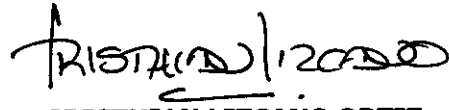
ARTÍCULO TERCERO. Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de **COMCEL S.A.**, o a quien hagan sus veces, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

Dada en Bogotá D.C., a los **05 AGO 2009**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA DEL ROSARIO GUERRA DE LA ESPRIELLA
Presidente



CRISTHIAN LIZCANO ORTIZ
Director Ejecutivo

CDG/ZV/LMDV
CE: 23/07/09 Acta 665
SC: 05/08/09